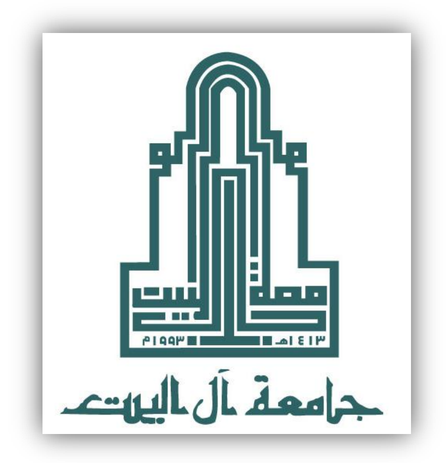


جامعة آل البيت

كلية الشريعة

قسم الفقه وأصوله

أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني
(دراسة مقارنة)

The Effect of Tradition on Omani Civil Transactions Law

(comparative study)

إعداد: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي

الرقم الجامعي: (١٤٢٠١٠٤٠٠٧)

إشراف: أ. د. أحمد ياسين القرالة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله

٢٠١٧م

تفويض

أنا الطالب: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي، أفوض جامعة آل البيت بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

الاسم: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي.

التوقيع:

التاريخ: ٩/ ٥/ ٢٠١٧م

إقرار والتزام

أنا الطالب: **طارق بن سعيد بن خلفان السعدي** **الرقم الجامعي (١٤٢٠١٠٤٠٠٧)**

كلية: الشريعة **التخصص: الفقه وأصوله.**

أقرُّ بأنَّني قد التزمتُ بقوانين جامعة آل البيت وأنظمتها وتعليماتها وقراراتها السارية المفعول، والمتعلقة بإعداد رسائل الماجستير والدكتوراه، حيث قمت شخصيا بإعداد رسالتي الموسومة بعنوان:

"أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني (دراسة مقارنة)"

وذلك بما ينسجم مع الأمانة العلمية المتعارف عليها في كتابة الرسائل والأطاريح العلمية، كما أنني أقر بأن رسالتي هذه غير منقولة أو مستلّة من رسائل الماجستير أو كتب أو أبحاث أو أية منشورات علمية تم نشرها أو تخزينها في أي وسيلة إعلامية، وتأسيساً على ما تقدم، فإنني أتحمل المسؤولية بأنواعها كافة فيما لو تبين غير ذلك ، بما فيه حق مجلس العمداء في جامعة آل البيت بإلغاء قرار منحي الدرجة العلمية التي حصلت عليها، وسحب شهادة التخرج مني بعد صدورها، دون أن يكون لي أي حق في التظلم أو الاعتراض أو الطعن بأي صورة كانت في القرار الصادر عن مجلس العمداء بهذا الصدد.

توقيع الطالب:

التاريخ: ٢٠١٧/٠٥/٠٩

قرار لجنة المناقشة

رسالة ماجستير بعنوان

أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني
(دراسة مقارنة)

The Effect of Tradition on Omani Civil Transactions Law
(comparative study)

اعداد الطالب: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي

إشراف:

الاستاذ الدكتور: أحمد ياسين القرالة

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
الاستاذ الدكتور: أحمد ياسين القرالة.	مشرفاً ورئيساً	....
الاستاذ الدكتور: فتح الله أكثم تفاحة	عضواً	....
الدكتور: حارث محمد العيسى	عضواً	....
الأستاذ الدكتور: محمود صالح جابر	عضواً خارجياً	....

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: / / ٢٠١٧م.

الإهداء

إلى من ربياني على حب العلم . . . . . أمـــي وأبـــي الغاليين

إلى من كانت لي سنداً وعوناً . . . . . زوجتـــي الـــعزيـزة

إلى فلذة كبدي ونبراس حياتـي . . . . . ابنــتــي دانــيــة

إلى عزوتي في الشدائد والمحن . . . . . أخوتي وأخواتي الكـرام

أهدي هذا العمل المتواضع

الشكر والتقدير

قال تعالى: ﴿ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ [١]﴾، فالحمد لله على ما أنعم، و أعطى وألهم.

بدايةً أتوجه بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان إلى كل من:

مشرفي الاستاذ الدكتور أحمد ياسين القرالة، الذي أشرف على هذه الرسالة، وبذل كل ما في وسعه لإظهارها بالشكل المرجو، فكان نعم المعلم والموجه والمرشد.

وأعضاء لجنة المناقشة على تشريفهم بإثراء هذه الرسالة بملاحظاتهم وتوجيهاتهم السديدة.

وجامعة آل البيت و كلية الشريعة، وأخص بالشكر وأعضاء الهيئة التدريسية والإدارية على ما بذلوه لنا طوال فترة الدراسة للرقي بمستوانا الفكري والعلمي، وعلى ما لمسناه منهم من تعاون وكرم وحسن خلق.

والهيئة العامة للإذاعة والتلفزيون بسلطنة عُمان، وعلى رأسها معالي الدكتور عبدالله بن ناصر الحرّاصي رئيس الهيئة، ومدير إذاعة القرآن الكريم الأستاذ أحمد بن مهنا الكندي، على إتاحتهم لي فرصة التفرغ لإكمال دراسة الماجستير.

وأصدقائي وزملائي وإخوتي الذين ساندوني وأعانوني في سبيل إنجاز هذا العمل المتواضع.

لهم مني جميعاً كل الشكر والحب والتقدير...

---

(١) سورة إبراهيم / الآية ٧.

قائمة لمحتويات:

الفصل الأول

العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية والقانون

الفصل الثاني

العُرف في قانون المعاملات المدنية العماني

الملخص

أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني
(دراسة مقارنة)

إعداد: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي
إشراف: أ. د. أحمد ياسين القرالة

هدفت هذه الدراسة إلى الكشف عن مكانة العرف في الشريعة الإسلامية والقانون، و مكانته في القوانين العمانية، كما هدفت الدراسة إلى بيان أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني، ومن أجل تحقيق أهداف الدراسة قام الباحث باستقراء مواد قانون المعاملات المدنية العماني التي أحالت إلى العرف، واستنباط أثر العرف في القانون من خلال تلك الإحالات، ومقارنته بما جاء في الفقه الإسلامي وأصوله وبعض القوانين الأخرى كالقانون المدني الأردني، والإماراتي.

وتوصلت الدراسة إلى أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر التشريع في الفقه الإسلامي والقانون، وقد أعتمد القانون المدني العماني على العرف وأسند إليه دور المفسر والمكمل والمعيار في كثير من العقود كالبيع والإجارة والإعارة، بالإضافة إلى دوره في تفسير وتكميل القانون نفسه، وكشفت الدراسة عن قلة الأحكام القضائية التي استندت إلى العرف في المعاملات المدنية، ولعل السبب هو أنه لم يمضِ على صدور القانون إلاّ مدة قصيرة.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد،

جاءت الشريعة الإسلامية لتنظم حياة الناس ،وتحقق مصالحهم، وتجلب لهم المنافع، وتدرئ عنهم المفاسد، ووضعت لهم من الأحكام ما يحقق تلك الأهداف، واستمدت الشريعة أحكامها من مصادر متعددة منها: القرآن الكريم ،والسنة النبوية والإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف وهو محور حديثنا، وأهتم الفقهاء بهذا المصدر اهتماماً بالغا، فوضعوا له شروط، وضوابط واستخرجوا به الكثير من الأحكام الشرعية في شتى مجالات الشريعة كالعبادات، والمعاملات، والأحوال الشخصية وغيرها.

واعتمدت القوانين الوضعية على العرف، بل يعد العرف من أهم مصادر القانون والتشريعات الوضعية، لما للعرف من أهمية عند الناس فهو يعبر عن إرادتهم ويتناسب مع رغباتهم وحاجياتهم، ولقد اعتمد المشرع العماني على العرف وجعله من مصادر القانون في كثير من التشريعات كقانون الأحوال الشخصية وقانون المعاملات المدنية، وقانون التجارة العماني والقانون البحري وغيرها.

سأتناول الحديث عن مدى تأثير العرف ، ومكانته، وتطبيقاته في قانون المعاملات المدنية العماني مقارنا بما جاء في الفقه الإسلامي وأصوله وفي القانون ومقارنته مع بعض القوانين العربية، كالقانون الأردني.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث من خلال ما يسعى الباحث إلى بيانه حول أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني ، وذلك من خلال الجواب على السؤال الآتي:

هل اعتمد المشرع العماني على العرف؟.

ويندرج تحت السؤال السابق عدة أسئلة تتركز فيما يأتي:

١- ما هي مكانة العرف في قانون المعاملات المدنية العماني؟
٢- ما مدى تأثر قانون المعاملات المدنية العماني بالعرف ؟
٣- ماهي الأشياء التي تأثر فيها قانون المعاملات المدنية العماني بالعرف ؟
٤- ما هي تطبيقات العرف في المعاملات المدنية في المحاكم العمانية ؟

أهداف البحث:

تتطلع هذه الدراسة الى بيان مكانة العرف في القوانين العمانية، و أثره في قانون المعاملات المدنية العماني ، وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

وبناء على ذلك يسعى الباحث الى تحقيق الأهداف من خلال هذه الدراسة تتمثل بالآتي:

أولا: بيان مكانة العرف في الشريعة الإسلامية والقانون.

ثانياً: بيان مكانة العرف في قانون المعاملات المدنية العماني.

ثالثا: بيان أثر العرف ودوره في قانون المعاملات المدنية العماني.

رابعا: بيان تطبيقات العرف في المحاكم العمانية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في كون الدراسة تتناول قانون المعاملات المدنية العماني وهو قانون بكر والكتابة فيه يوفر أرضية خصبة للباحث في هذا المجال.

ويمكن أن نوجز أهمية الدراسة في النقاط التالية:

أولا: يُسهم هذا البحث في معرفة دور العرف ومكانته في القوانين والتشريعات العمانية كمصدر مهم لهذه التشريعات.

ثانياً: يساهم في الكشف عن مقدار تأثر المشرع العماني بالعرف والمكانة التي وضعها المشرع للعرف بين المصادر التي اعتمد عليها في صياغة القانون.

ثالثا : يبين البحث الأثر الذي يقوم به العرف من خلال الاطلاع على المواد القانونية التي اعتبر فيها المشرع العرف إما مفسرا أو مكملا أو معياراً.

رابعا: يكشف البحث مدى تطبيق المحاكم العمانية للعرف في قضايا المعاملات المدنية وماهي المجالات التي أخذت المحاكم فيها بالعرف.

الدراسات السابقة:

هناك عدة بحوث تناولت العرف من الناحية الشرعية والقانونية اطلع عليها الباحث واستفاد منها، وسيكون ذكر بيان ما تناولته هذه الدراسات حول موضوع دراستي وما قصرت عنه كالآتي:

(١) رسالة لنيل شهادة العالميّة بعنوان: **العرف والعادة في رأي الفقهاء، (جامعة الأزهر/١٩٤١م)، للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة،** تحدثت الدراسة عن العرف بتأصيل دقيق، حيث عرفه وذكر أقسامه واعتباره واستعمالاته وأهم الأحكام التي بنيت عليه، والتقت دراستي من حيث تأصيل العرف وذكر أقسامه وأدلة اعتباره واستعمالاته، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في القانون و أثره في قانون المعاملات المدنية العماني.

(٢) أطروحة دكتوراه بعنوان: **أثر العرف في التشريع الإسلامي، (جامعة الأزهر ١٩٦٩م)، للدكتور السيد صالح عوض،** تحدثت الدراسة عن العرف من جميع جوانبه، وكانت الدراسة مقارنة بين الشريعة والقانون في كل الجوانب، والتقت هذه الرسالة مع رسالة بالحديث عن العرف وشروطه وأقسامه وحجيته بشكل مختصر، وتزيد دراستي بالحديث عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

(٣) أطروحة دكتوراه بعنوان: **العرف والعمل في المذهب المالكي، دار الحديث الحسنية_ المغرب_١٩٨٢م)،** للدكتور عمر عبدالكريم الجيدي، تحدّث فيه عن العرف وأقسامه ودليل اعتباره، وارتباط الأعراف المغربية بالشريعة الإسلامية، وحددت الدراسة بالمذهب المالكي، والتقت هذه

الرسالة مع رسالتي بالحديث عن العرف في المذهب المالكي، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في المذاهب الأربعة، والمذهب الإباضي، والقانون بالإضافة الى الحديث عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

(٤) رسالة ماجستير بعنوان: **المسائل المبنية على العرف في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، (جامعة أم القرى، السعودية،١٩٩٤م)، عادل بن عبدالقادر ولي قوته،** تحدثت الدراسة عن العرف وحجيه واعتباره في الشريعة الإسلامية، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في القانون وأثره في قانون المعاملات المدنية العماني.

(٥) بحث بعنوان: **وظائف العرف في التشريع الإسلامي، (المجلة الأردنية لدراسات الإسلامية،٢٠٠٧م)**، للدكتور أحمد ياسين القرالة، تحدث فيه عن وظائف العرف في الشريعة ويمثل ببعض المواد من قانون المعاملات المدنية الأردني ، وقانون الأحوال الشخصية الأردني بشكل مختصر ، والتقى هذا البحث مع رسالتي بالحديث عن العرف ،ووظائفه، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في المذاهب الأربعة والمذهب الإباضي والقانون بالإضافة الى الحديث عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

(٦) رسالة ماجستير بعنوان: العرف **وظائفه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي،** للطالبة سوسن محمد علي العيسى (جامعة ال البيت، ٢٠٠٨م)، تحدثت الدراسة عن العرف و وظائفه وتطبيقاته، والتقت الدراسة مع رسالتي بالحديث عن العرف في الفقه الإسلامي وأصوله، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في قانون المعاملات المدنية العماني.

(٧) رسالة ماجستير بعنوان: **أثر العرف في المذهب الإباضي، للطالبة أمل بنت خميس المنذرية (جامعة القاهرة ٢٠٠٩م)**، تحدثت الدراسة عن أثر العرف في المذهب الإباضي، والتقت هذه الرسالة مع رسالتي بالحديث عن العرف في المذاهب الأربعة والمذهب الإباضي، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في القانون بالإضافة الى الحديث عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

أهم ما يميز دراستي عن الدراسات السابقة:

- أول دراسة عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني حيث لم أجد على حد علمي من كتب في هذا المجال ، وهو قانون حديث صدر في عام (٢٠١٣م) ،ومن المهم بيان أثر العرف، ومكانته كونه قانون حديث النشأة ، و أقارنه بقانون المعاملات المدنية الأردني .
- أغلب الدراسات السابقة التي ذكرت العرف في الفقه الإسلامي اعتمدت على المذاهب الأربعة ، وستزيد دراستي المذهب الإباضي لكونه المذهب الرسمي في البلد الذي صدر فيه القانون .
- ذكر تطبيقات العرف في مجال المعاملات المدنية في المحاكم العمانية.

منهجية الدراسة:

يعتمد الباحث في دراسته على:

١- المنهج الاستقرائي ، وذلك بتتبع المواد القانونية التي تحدثت عن العرف في قانون المعاملات المدنية العماني، والقانون المدني الأردني؛ للوصول للوظائف الكلّية للعرف.

٢- المنهج الاستنباطي، وذلك بتطبيق القواعد الكلية والمبادئ العامة على الأدلة الجزئية لاستنباط الأحكام.

٣- المنهج المقارن: وذلك بالمقارنة بين الفقه الإسلامي وأصوله والقانون.

خطة الدّراسة

تشتمل الرسالة على مقدمة وفصلين وخاتمة:

الفصل الأول: العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المبحث الأول: تعريف العرف، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف لغة.

المطلب الثاني: تعريف العرف اصطلاحا.

المطلب الثالث: تعريف العرف قانونا.

المبحث الثاني: مكانة العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول:. حجية العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أقسام العرف في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: مكانة العرف في القانون الوضعي.

المطلب الأول: شروط اعتبار العرف وأركانه في القانون الوضعي.

المطلب الثاني: قانون المعاملات المدنية العماني.

المطلب الثالث: مكانة العرف في القوانين العمانية.

الفصل الثاني: العرف في قانون المعاملات المدنية العماني، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: العرف المفسر للقانون العُماني، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: معنى التفسير لغةً واصطلاحاً .

المطلب الثاني: العرف المفسِّر للقانون.

المطلب الثالث: العرف المفسِّر للعقد.

المطلب الرابع: الأشياء التي أعتبر فيها العرف مفسراً للعقد.

المطلب الخامس: قواعد العرف المفسِّر.

المطلب السادس: تطبيقات العرف المفسِّر في المحاكم العمانية .

المبحث الثاني: العرف المكمل للقانون العُماني، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى التكميل .

المطلب الثاني: الأشياء التي أعتبر فيها العرف مكملاً للعقد .

المطلب الثالث: قواعد العرف المكمّل.

المبحث الثالث: العرف معيارٌ للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مدى اعتبار العرف ضابطاً ومعياراً.

المطلب الثاني: الأشياء التي أعتبر فيها العرف معياراً للعقد .

المطلب الثالث: قواعد العرف باعتباره معياراً.

المطلب الرابع: تطبيقات العرف باعتباره معياراً في المحاكم العمانية .

الفصل الأول

العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية والقانون، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العرف والعادة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف العادة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف العرف والعادة قانوناً.

المبحث الثاني: مكانة العرف في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أقسام العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: مكانة العرف في القانون الوضعي.

المطلب الأول: مكانة العرف، وشروطه وأركانه في القانون.

المطلب الثاني: قانون المعاملات المدنية العماني.

المطلب الثالث: مكانة العرف في التشريعات العمانية .

المبحث الأول: تعريف العرف والعادة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: العرف لغةً:

العُرْفُ بالضّمّ من عرف، ولها في اللُّغة أصلان صحيحان:

الأول: بمعنى تتابع الشيء، ومنه عُرْفُ الفرس، أي تتابع شعره، ومنه جاءت القطا عرفاً عرفاً، أي بعضها خلف بعض، ومنه عُرف الأرض، أي ما ارتفع منها، والعُرف النخل إذا بلغ الإطعام[(١)].

والثاني: بمعنى السكون والاطمئنان، ومنه المعروف ضد النكرة، أي تعرفه النّفس وتسكن إليه، والمعروف عند الناس ما لا ينكرونه إذا رأوه، ومنْه المعروف، أيْ الإحسان والجود، ومنه العَرْفُ أي الرائحة الطيبة؛ لأنّ النّفس تسكن إليها[(٢)].

نلاحظ أنّ معاني العُرفِ في اللُّغة كلَّها تدور حول معنى التتابع، والمعرفة، والسكون، والاطمئنان.

الفرع الثاني: العرف اصطلاحاً:

عرَّفَ كثير من الفقهاء العرف، وسنكتفي بذكر بعض تعريفات الفقهاء المتقدمين، وأخرى للمتأخرين ثم التعريف المختار:

---

(١) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا (ت: ٣٥٩هـ/١٠٠٤م)، **معجم مقاييس اللغة**، مادة: عرف، (تحقيق: عبدالسلام هارون)، ج ٤، دار الفكر، ١٣٩١هـ /١٩٧٩م، ص ٢٨١. والرازي، محمد بن أبي بكر (ت: ٦٦٦هـ)، **مختار الصحاح**، مادة: عرف، (تحقيق: محمود خاطر)، مكتبة لبنان، بيروت، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م، ص٤٦٧. وابن منظور، محمد بن مكرم (ت : ٧١١هـ/١٣١١م)، **لسان العرب**، مادة: عرف، ط٣، ١٥م، ج ٩، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ص ٢٣٩.

(٢) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، مادة: عرف، ج٤، ص ٢٨١. والرازي، **مختار الصحاح**، مادة: عرف، ص ٤٦٧. وابن منظور، **لسان العرب**، مادة: عرف، ج٩، ص ٢٣٩.

أولاً: تعريف المتقدمين:

١. عرّفه الإمام النّسفي كما نقله عنه ابن عابدين بأنه "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقّته الطباع السليمة بالقبول"[١].

يؤخذ على هذا التعريف الآتي:

- أنّه ليس مانع ولا منضبط وهو أقرب إلى بيان مفهوم العرف وليس حداً اصطلاحيا له؛ لأنّه ليس كل ما ترتضيه النفوس يصير عرفاً، وكذلك ليس هناك ميزان تُوزن به الطباع والعقول، فهي تختلف وتتفاوت في كل زمان ومكان[٢].
- الألف واللام في النفوس والطباع تدل على الاستغراق والعموم وهذا غير صحيح فمن شروط العرف كما سيأتي الاطراد والغلبة، كما أن في العموم إخراج للعرف الخاص وعدم اعتباره[٣].
- أنّه غير جامع؛ لأنه لا يحتوي على أقسام العرف، وطبيعته، و ما يتناوله[٤].

٢. وعرفه الجرجاني بأنّه "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول[٥]".هذا التعريف نفس معنى التعريف السابق، وكل ما أخذ على التعريف السابق ينطبق على هذا التعريف.

٣. وعرفه ابن النجار الحنبلي بأنّه" كلُّ ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة[٦]".

---

(١) ابن عابدين، محمد أمين، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، نقلا عن ابي الحافظ النسفي في كتابه المستصفى، وهو مخطوط، ج٢، ص١١٤.

(٢) قوته، عادل بن عبدالقادر، **العرف**، ط١، ج١، المكتبة المكية، مكة المكرمة، السعودية، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م، ص٩٥. ونعراني، خليل محمود، **شرح رسالة نشر العرف**، الناصرة، الجليل الأسفل، ١٤٣٣هـ /٢٠١٢م، ص٣٤.

(٣) قوته، **العرف**، ج١، ص٩٦.

(٤) قوته، **العرف**،ج١، ص٩٦. ونعراني، **شرح رسالة نشر العرف**، ص٣٤.

(٥) الجرجاني، علي بن محمد (ت: ٨١٦هـ)، **التعريفات**، ط ١، (تحقيق: ابراهيم الإيباري)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ص١٩٣.

(٦) ابن النجار، محمد بن أحمد (ت: ٩٧٢هـ)، **شرح الكوكب المنير**، ط٢، (تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد)، ج٤، مكتبة العبيكان، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م، ص٤٤٨.

يؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على التعريفات السابقة بالإضافة إلى أنه فيه دورٌ واضح، حيث بدأ تعريف العرف بكلمة "ما عرفته"[(١)].

ثانياً: تعريف المتأخرين:

١) عرّفه عبد الوهاب خلاف بأنّه "ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك"[(٢)].
يؤخذ على هذا التعريف الآتي:

- لفظ "الناس" من ألفاظ العموم تستعرق جميع أفرادها، فهل بالضرورة أنْ يكون كلّ الناس يألفون شيئاً ما ليعد عرفا؟[(٣)].
- أضاف لفظ " الترك" مع أنَّ الترك يعدّ فعلاً، واستدلّ عادل قوته بقوله تعالى ﴿ لَوْلَا يَنْهَاهُمُ الرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ...[(٤)]﴾، فقد سمّى الله – عزّ وجل – ترك الربانيين والأحبار النهيّ صنعاً ، والصنع أخَص من مطلق الفعل[(٥)].
- هذا التعريف فيه دورٌ حيث بدأ التعريف بكلمة "ما تعارفه".

٢) وعرّفه الدريني بأنّه "ما يغلب على الناس من قول، أو فعل، أو ترك"[(٦)]، يؤخذ على هذا التعريف نفس ما أخذ على التعريف السابق، إلاّ أنه ليس فيه دور.

٣) وعرّفه عبدالكريم زيدان بأنّه" ما أَلِفَهُ المجتمع، واعتاده، وسار عليه في حياته من قول، أو فعل"[(٧)]، يؤخذ على هذا التعريف بأن ليس مانعاً، فليس كلُّ ما يألفه المجتمع يعدُّ عرفاً، فقد يألف أشياء سيئة فهل تعدُ عرفا؟، ولأنَّ لفظَ "المجتمع"، من ألفاظ العموم تستعرق جميع أفرادها، فهل بالضرورة أنْ يكون كلّ المجتمع، يألفون شيئاً ما ليعد عرفا؟[(٨)].

---

(١) قوته، العرف، ج١، ص٩٧.

(٢) عبدالوهاب خلاف، **علم أصول الفقه،** ط١، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ٢٠١٤هـ، ص٧٤.

(٣) نعراني، **شرح رسالة نشر العرف،** ص٣٥.

(٤) سورة المائدة/ الآية ٦٣.

(٥) قوته، **العرف،** ج٢، ص١٠٠.

(٦) الدريني، محمد فتحي، **المناهج الأصولية،** ط٣، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م، ص٤٤١.

(٧) عبدالكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه،** ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق،١٤٣٦هـ / ٢٠١٥م، ص٢٣٧.

(٨) نعراني، **شرح رسالة نشر العرف،** ص٣٥.

٤) وعرّفه الجحافي بأنّه "عادة قوم في قولٍ أو فعلٍ، ما لم يخالف الشرع والعقل"[١]،

يؤخذ على هذا التعريف الآتي:

- كلمة "قوم" عامة؛ لأنها معرفة بالإضافة تشمل كل القوم، ولا يشترط في اعتبار العرف كل القوم.
- أضاف قيد عدم مخالفته الشرع والعقل وهذا من شروط العرف، والصحيح أن يذكر ماهية العرف من حيث هي، بغض النظر عن صحته وفساده .

التعريف المختار: عرّفه الزرقا بأنّه "عادة جمهورِ قومٍ في قولٍ، أو فعلٍ[٢]".

شرح التعريف[٣]:

عادة: سيأتي الحديث عنها.

جمهور: بمعنى أن يكون هناك مجموعة من الناس تعتاد وتكرر ذلك الأمر، فالعادة الفردية غير معتبرة وكذلك المشتركة التي لم تطرد.

قوم: يدخل فيه العرف الخاص والعام.

قول أو فعل: يدل على أقسام العرف وهما القولي والفعلي، وهذا يدل على أن العرف يكون بإرادة الناس واختيارهم.

يمكننا القول إنَّ تعريف "الزرقا" أكثرها دقة؛ لأنه يعبِّر عن ماهية العرف، وتجنّب تلك المآخذ، ويمكن القول إنَّه جامع لأهم محتويات العرف، ومانع من دخول كلِّ ما تألفه النفوس وتستسيغه العقول.

---

(١) الجحافي، حميد بن حمد، **العرف عند الأصوليين وأثره في الفقه الإباضي**، تونس، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ص ١١.
(٢) الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، ط٣،ج٢، دار القلم، دمشق، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م، ص٨٧٢.
(٣) قوته، **العرف**، ج١، ص١٠١.

المطلب الثاني: تعريف العادة لغةً واصطلاحاً

الفرع الأول: العادة لغة:

أصلها من عَوَدَ، ولها معاني كثيرة، منها التثنية، والرجوع، والتكرار، وتطلق على زيارة المريض، والطريق القديم، والعود الخشب، والعائدة المعروف، والعادة الديدن والدربة.[١].

الفرع الثاني: العادة اصطلاحاً:

اختلفت تعريفات الفقهاء للعادة لاختلافهم في العلاقة بين العرف والعادة إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: العُرف والعادة لفظان مترادفان، فهما بمعنى واحد، وما يطلق على العرف يطلق على العادة.

فقد عرفها النسفي كما نقله عنه ابن عابدين "العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[٢]، وقال ابن عابدين: "العادة والعرف بمعنى واحد من حيث الما صدق، وإن اختلفتا من حيث المفهوم"[٣]، وعرَّفها علي حيدر "هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكرار المرة بعد المرة، والعرف بمعنى العادة ايضا"[٤]، وقال عبدالوهاب خلاف في معرض تعريفه للعرف "ويسمى – اي العرف – العادة وفي لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة"[٥]، وإلى هذا الرأي ذهب السيد صالح عوض في معرض ردّه على من فرّق بين العرف

---

(١) ابن فارس، **مقاييس اللغة**، مادة: عود، ج٤، ص١٨١-١٨٢. و ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: عود، ج٣، ص٣١٥-٣١٦. والزبيدي، محمد مرتضى (ت: ١٢٠٥هـ/١٧٩٠م)، **تاج العروس**، مادة: عود، ج٨، دار الهداية، ص٤٣٢.

(٢) ابن عابدين، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، نقلا عن ابي الحافظ النسفي في كتابه المستصفى وهو مخطوط، ج٢، ص١١٤.

(٣) ابن عابدين، **المرجع السابق**، ج٢، ص١١٤.

(٤) علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، (ت: ١٣٢١هـ)، ط،(تعريب: فهمي الحسيني)، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠١٠، ص ٤٠.

(٥) خلاف، **علم اصول الفقه**، ص٧٤.

والعادة قال: "وفي الحقيقة أنّ هذه التفرقة غير معتبرة لأنّ استعمالات الفقهاء وتفريعهم للمسائل يفيد بأنهما بمعنى واحد"[1].

الاتجاه الثاني: العرف أعمُّ، فهو يشمل الأقوال والأفعال، والعادة تختص بالأفعال

قال الكمال بن الهمام في التحرير: "مسألة العادة والعرف العملي"[2]، فقد قصر العادة على الأفعال وجعل العرف أعمَّ من العادة، وقال البخاري :" يجوزُ أنْ يكون الاستعمال راجعاً إلى القول، والعادة راجعة إلى الفعل"[3]، وإلى هذا ذهب التفتازاني بقوله "قد يفرّق بينهما باستعمال العادة في الأفعال، والعرف في الأقوال"[4].

وعرّفها أحمد الزرقا بقوله: "العادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى، وهي المراد بالعرف العملي"[5]، أمّا محمد الزحيلي فعرفها بقوله: "فهي بتكرارها ومعاودتها مرّة بعد أخرى صارت معروفة مستقرّة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتّى صارت حقيقة عرفيه[6]".

ويُردّ على هذا الاتجاه بأنّ الفقهاء قد أطلقوا العادة على الأفعال، والأقوال معاً[7]، ومن الشواهد على أنَّ العادة تجري في الأقوال ما قاله السرخسي: " قال محمد: في قوله وأمانة الله يمين أنّه يمين، ثم سُئِل عن معناه فقال: لا أدري، فكأنّه قال: وجدَ العرب يحلفون بأمانة الله عادة فجعله يمينا"[8].

---

(١) السيد صالح عوض، **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ص٦٠.

(٢) ابن أمير الحاج، محمد بن محمد(ت:٨٧٩هـ)، **التقرير والتحبير**، ط٢، ج١، دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م، ص٢٨٢.

(٣) البخاري، عبدالعزيز بن أحمد (٧٣٠هـ)، **كشف الأسرار**، ط٢، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م، ص١٤٠.

(٤) التفتازاني، مسعود بن عمر (ت:٧٩٢هـ)، **التلويح على التوضيح**، ط١، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص١٦٩.

(٥) الزرقا، أحمد بن محمد، **شرح القواعد الفقهية**، ط١٠، دار القلم، دمشق، ١٤١٣ه/٢٠١٢م، ص ٢١٩.

(٦) الزحيلي، محمد مصطفى، **القواعد الفقهية**، ط١، ج١، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٦م، ص ٢٩٩.

(٧) أبوسنة، أحمد فهمي، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، مطبعة الأزهر، ١٩٤٧ه، ص١١.

(٨) السرخسي، محمد بن أحمد(ت :٤٨٣ه)، **المبسوط**،ج٨، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤ه/١٩٩٣، ص١٣٣.

الاتجاه الثالث: العادة والعرف بينهما عمومٌ وخصوص، والعادة أعم.

قال ابن أمير الحاج: "العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"[١]، وعلى هذا التعريف يظهر لنا أنّ العادة واسعة وشاملة لكلّ ما تكرر من الأقوال والأفعال، وسواء كانت من الفرد أو الجماعة، سواء أكانت طبيعية أم مما استساغته العقول واطمأنت إليه النفوس[٢]، فالعلاقة العقلية ما يحكم التكرار فيها بالعقل، وليست عادة مثل تحرك الركاب بتحرك السيارة، فهو تلازم عقلي، وترابط بين العلة والمعلول[٣]، وقال ابن فرحون: "العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها[٤]".

الاتجاه المختار: العادة والعرف بينهما عموم وخصوص والعادة أعم.

لأنّ العادة مجالها واسع، فهي تشمل الأفعال، والأقوال، سواء أكانت طبيعية أم مما تقبلته الطباع والعقول، فردية كانت أم جماعية، كما تشمل كلّ حالة متكررة سواء كانت ناشئة عن أمر طبيعي أم ناشئة عن هوى وتشهّي، أو ناشئة عن حوادث خاصة، وعلى هذا الاتجاه سار الفقهاء في تقرير الأحكام وفي القضاء والفتيا[٥].

ويرجح الباحث تعريف ابن أمير الحاج للعادة بأنّها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية؛ لأنه جامع شامل لطبيعة العادة من تكرار الشيء، القولي أو العملي الفردي أو الجماعي، ومانعٌ من دخول ما يحصل مرة واحدة وما يحصل من تلازم عقلي بين العلة والمعلول .

---

(١) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج١، ص٢٨٢.

(٢) مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٧١. و أبوسنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، ص١٠.

(٣) الزحيلي، وهبة مصطفى، **أصول الفقه الإسلامي**، ط١١، ج٢،دار الفكر، دمشق، ١٤٣٦هـ /٢٠١٥م، ص١٠٥.

(٤) ابن فرحون، إبراهيم بن علي (ت:٧٩٩هـ)، **تبصرة الحكام**، ط١، ج٢، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ /١٩٨٦م، ص٦٧.

(٥) مصطفي الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٧٢.

المطلب الثالث: تعريف العرف والعادة في القانون

الفرع الأول: تعريف العُرف في القانون:

وردت عدّة تعاريف للعرف عند رجال القانون منها:

١. أنّه "مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، يتوارثونها جيلا بعد جيل، والتي لها جزاء قانوني كالقانون المسنون سواء بسواء[١]"

٢. وقيل "هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزِمة[٢]".

٣. وقيل أنّه "اطراد التقليد على اتباع سنّة معينة في العمل، مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة كقاعدة قانونية[٣]".

٤. وقيل هو "اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل، يقوم الشعور لدى الجماعة باعتباره ملزما، وبضرورة تحرك الجماعة لتوقيع على من يخالفه، والقاعدة التي تنشأ بهذا الاعتياد تسمى قاعدة عرفيه[٤]".

نلاحظ من التعاريف السابقة اشتراكها في جزأين مهمين: الاعتياد، والشعور بالإلزام، وهما ركنا العرف: الركن المادي: وهو الاعتياد، والركن المعنوي: وهو الإلزام.

إذن لابدّ من توفر الركن المادي والمعنوي بشروطهما؛ لكي يصبح السلوك المعتاد عرفاً، وسنفصل الحديث عن شروط العرف وأركانه في المبحث الثالث من هذا الفصل[٥].

---

(١) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، وأبو شتيت، أحمد حشمت، **أصول القانون**، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة،١٩٤١م، ص٨٢.

(٢) فرج الصدّة، عبدالمنعم، **أصول القانون**، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، ص١٤٠.

(٣) حسن كيره، **المدخل إلى القانون**، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٩م، ص٢٦١.

(٤) الشرقاوي، جميل، **دروس في أصول القانون**، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م، ص١٢٦.

(٥) السنهوري و شتيت، **أصول القانون**، ص ٨٤. وفرج الصدة، **أصول القانون**، ص١٤٤–١٤٧. توفيق حسن فرج، **المدخل إلى العلوم القانونية**، المكتبة المصرية الحديثة، الاسكندرية، ١٩٧٠، ص١٣٣.

الفرع الثاني: تعريف العادة في القانون.

تناول رجال القانون تعريف العادة تحت مسمّى "العادات الاتفاقية" وعرّفوها بالآتي: "هي تلك القواعد التي تعارف الناس على اتباعها في معاملاتهم، والتي تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون ملزمة[١]"، أو "هي شرط من شروط التعامل، جرت عادة المتعاملين على ادراجها في اتفاقهم[٢]".

والملاحظ خلوّ العادات الاتفاقية من ركن الإلزام، فهي ليست ملزمة للمتعاقدين، إلا إذا تراضيا المتعاقدان عليها، ومثال للعادات الاتفاقية، ماجرت عليه العادة في عُمان أنّ العامل الذي يقوم بسقي النخيل، والاعتناء بها يعطى جزءاً من ثمار تلك النخيل، إلا إذا تمّ الاتفاق على خلاف ذلك.

الفرع الثالث: الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية في القانون.

أولاً: من حيث شروط التكوين: أهم ما يميّز العرف عن العادة هو توفر الركن المعنوي في العرف، وهو الشعور بإلزام السلوك الذي تعارف عليه المجتمع، فأصبح له قوة القاعدة القانونية من دون رضاهم، أما العادة فهي تفتقر إلى الركن المعنوي وعليه لا يتوفر عنصر الإلزام إلا إذا تراضا الطرفان بمحض إرادتهما على العمل بمقتضاها.

ثانياً: من حيث الأثر: العرف إذا توافر فيه الركن المادي والمعنوي نتج عنه قاعدة قانونية ملزمة، أما العادة فهي غير ملزمة ولا تكون قانوناً [٣].

ومع هذا التفريق فإن العادة وبمرور الزمن وانتشار نطاق استعمالها قد تتحول إلى عرف، وتكون لها قوة الإلزام، وذلك عندما تنفصل عن ارادة الأفراد، وعندئذٍ تصبح قاعدة قانونية ملزمة[٤]، وقد يحيل المشرع القانوني – في كثير من المواد القانونية– إلى العادة الاتفاقية، مثال ذلك ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة(٥٩) من قانون المعاملات المدنية العماني "يجب الضمان على من استعمل حقه

---

(١) فرج، **المدخل إلى العلوم القانونية**، ص٨٩.

(٢)الشرقاوي، **دروس في أصول القانون**، ص١٣١.

(٣)السنهوري وشتيت، **أصول القانون**، ص٩٢. وفرج الصدة، **أصول القانون**، ص١٤٨. عبدالفتاح عبدالباقي، **نظرية القانون**، ط٥، مطبعة نهضة مصر، ١٩٦٦م، ص١٨٥.

(٤)السنهوري، وشتيت، **أصول القانون**، ص٩٣-٩٤.

استعمالاً غير مشروع، ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: ٤- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة "[١] والمشرع قصد بالعرف هنا العادة فما هو الحكم في ذلك؟، إنَّ إحالة المشرع الحكم إلى العادة يجعلها واجبة، ولها قوة الإلزام مثل أيِّ قاعدة قانونية أخرى؛ لأنّ المشرّع لم يجعل هذه الإحالة عبثاً[٢].

الخلاصة: أن تعريف العرف في الفقه أكثر انضباطاً وانسجاماً مع شروط العرف وأركانه، فذكر القول والفعل، بخلاف تعريفه في القانون فهو غير متناسق مع الشروط فلفظ الناس مثلاً عام يشمل كل الناس والعرف لا يشترط فيه كل الناس، كما أن العرف في القانون يحتوي على ركن الجزاء كالقانون المكتوب أما في الفقه فلا يحتوي على عنصر الجزاء، وإن كان يتفق الفقه والقانون بوجود ركن الشعور بالإلزام.

المبحث الثاني: مكانة العرف في الفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حُجِّية العرف الفقه الإسلامي

الإسلام دين يسرٍ، يقول الله – عزّ وجلّ –﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ[٣]﴾، ويقول جلّ شأنه ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ[٤]﴾، ومن هذا المبدأ جاء الإسلام بكلّ ما يحقق مصالح الناس، ويدرأ عنهم المفاسد، ومن ذلك مراعاة أعرافهم، وعوائدهم يقول الشاطبي: " لما كان التكليف مبنياً على استقرار عوائد المكلفين، وجبَ أنْ يُنظر في حكم العوائد؛ لما يُبنى عليها بالنسبة إلى دخول المكلف تحت حكم التكليف[٥]".

---

(١) **قانون المعاملات المدنية** العماني رقم ٢٠١٣/٢٩.

(٢) حسن كيره، **المدخل إلى القانون**، ص٢٧٩. و عبدالفتاح عبدالباقي، **نظرية القانون**، ص٢٠٣.

(٣) **سورة البقرة / الآية : ١٨٥.**

(٤) **سورة الحج / الآية : ٧٨.**

(٥) الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: ٧٩٠هـ)، **الموافقات**، ط٨، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١م، ص٢١٢.

وقد تختلف هذه الأعراف وتتغير من زمان إلى آخر، وعليه لابد من تغيُّر الأحكام مع تغيُّر الأعراف، يقول القرافي: " كلّ ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغيّرُ الحكم فيه عند تغيّر العوائد[(١)]"، ونظراً لأهمية الأعراف والعادات فقد شدّد الفقهاء على ضرورة أخذ المفتي والقاضي بأعراف الناس ومعرفتها، والحكم والإفتاء على مقتضاها، يقول ابن القيم:" ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم، وعوائدهم، وأزمنتهم، وأمكنتهم، وأحوالهم، وقرائن أحوالهم، فقد ضل وأضل[(٢)]".

وأجرى الأصوليون والفقهاء العرف والعادة في كثير من المسائل الفقهية يقول السيوطي: "واعلم أنَّ اعتبار العرف والعادة رُجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعدّ كثرةً[(٣)]"، ويقول الزرقا: "وللعرف سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتجديدها، وتعديلها وتحديدها وإطلاقها وتقييدها... وقلّما يوجد باب من أبواب الفقه لا يكون للعرف مدخل في أحكامه، حتى في باب الجرائم والعقوبات[(٤)]"؛ لأن العقوبات والجرائم محدّده بالنص، ومع ذلك العرف له مجرى فيها.

ونظراً لسلطان العرف الواسع، وأهميته في بناء الأحكام الفقهية فقد اعتنى به الأصوليون والفقهاء، وذكروا أدلة اعتباره، وأقسامه، وجعلوا له شروطاً لا بد من تحقُّقِها في المسائل التي تبنى عليه.

أدلّة حُجِّية العرف:

إنَّ المقصود بحُجِّية العرف ليس بوصفه دليلاً من الأدلة الشرعية كالقرآن، والسنة، والإجماع، والقياس، وغيرها، بل المقصود أنّه يُستعان به في تفسير النصوص وألفاظ المتعاقدين واعتباره حكماً

---

(١) القرافي، أحمد بن إدريس (ت: ٦٨٤هـ)، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام**، ط٥، دار السلام، القاهرة، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م، ص٢١٨.

(٢) ابن قيم، محمد بن أبي بكر(ت: ٧٥١هـ)،**أعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط٢، (تحقيق :محمد عبدالسلام إبراهيم، دار الكتب العلمية)، بيروت، ١٤٣٥هـ،٢٠١٤م، ص٥٢٥.

(٣) السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر(ت:٩١١هـ)، **الأشباه والنظائر**، ط١، (تحقيق : كمال بن السيد سالم)، ج١،المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، ٢٠١٢م، ص ١٧٥.

(٤) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،ج٢، ص٨٧٩.

ومعيار للأمور، ويستأنس به عند عدم وجود النصّ[1]، قال السبكي: "اشتهر عند الفقهاء أنَّ ما ليس له ضابط في اللغة، ولا في الشرع يُرجع فيه إلى العرف[2]"، والفقهاء متَّفقون على اعتبار العرف، لكنهم يختلفون بين موسّع ومضيق، وبين مكثّر ومقلّل، على النحو الآتي:

المذهب الحنفي: يُعدُّ من أكثر المذاهب بعد المالكية أخذاً بالعرف، بل يعدّونه من المصادر الشرعية في الاستنباط وأصلاً من الأصول[3]، ومن النصوص الدّالة على هذا الاعتبار قول السرخسي: "الثابتُ بالعرف ثابتٌ بدليلٍ شرعيٍ[4]".

المذهب المالكي: هو أكثر المذاهب أخذاً بالعرف، بل يعدَّونه أصلاً من الأصول الفقهية، لأنّهم يحكّمون العرف والعادة ويعتبرونها من المصالح التي يراعيها الفقه المالكي بشكلٍ كبير[5]، ومن النصوص الدالة على هذا الاعتبار قول ابن العربي المالكي: "العرف والعادة أصلٌ من أصولِ الشريعة يُقضى بها في الأحكام[6]".

المذهب الشافعي: أخذ المذهب الشافعي بالعرف لكنه لا يعتبره حجةً ولا دليلاً شرعيا إلاّ إذا أرشد إليه الشارع في مصادره الأصلية[7]، ومن النصوص الدَّالة على هذا الاعتبار قول الزركشي في

---

(١) الطيب خضري السيد، **الاجتهاد فيما لا نص فيه**، ط١، ج٢، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، ١٣٩٩هـ،١٩٧٩م، ص ٢٠٩.

(٢) السبكي، عبدالوهاب بن علي (ت: ٧٧١هـ)، **الأشباه والنظائر**، (تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض)، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م، ص ٥١.

(٣) ابن عابدين، **رسالة نشر العرف**، ج٢، ص ١١٥.و أبو زهرة، محمد بن أحمد، **أبو حنيفة**، دار الفكر العربي، القاهرة، ص٣٠٨.

(٤) السرخسي، محمد بن أحمد (ت:٤٨٣هـ)، **المبسوط**، ج١٣، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ،١٩٩٣م، ص١٤.

(٥) أبو زهرة، محمد بن أحمد، **مالك**، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٣٨٥. و الجيدي، عمر بن عبدالكريم، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ١٩٨٢م، ص ٨٢.

(٦) ابن العربي، محمد بن عبد الله المعافري الاشبيلي المالكي (ت: ٥٤٣هـ)، **أحكام القرآن**، ط٣، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م، ص٢٨٨.

(٧) العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل (ت:٨٥٢هـ) ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، د. ط ، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، ج٤، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، ص٤٠٦. و الزحيلي، محمد، **النظريات الفقهية**، ط١، دار القلم، دمشق، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م، ص ١٧١-١٧٢.

معرض حديثه عن العادة: "أنّها تُحكَّم فيما لا ضبط له شرعاً، وعليه اعتمد الشافعي – رحمه الله– في أقل سن الحيض[1].

المذهب الحنبلي: مثله مثل المذهب الشافعي، فهو لا يعدّ العرفَ دليلاً شرعياً مستقلاً[2]، ومن النصوص الدّالة على هذا الاعتبار قول الطوفي: "يُرجع في القبض والإحراز – ما لم يَرِدْ من الشرع تحديدٌ فيه– إلى ما يَتعارفه الناس بينهم[3]".

المذهب الإباضي: يرى المذهب الإباضي أنّ العُرف دليلٌ يُستأنس به عند عدم النصّ، وإنْ كانوا لم يذكروا شروطه وأقسامه، إلّا أنَّهم ذكروا تطبيقات كثيرة في مختلِف فروع الفقه كالعبادات، والمعاملات، والأحوال الشخصية، والقضاء، والإمامة، والآداب، وقد ألّف ابن بركة – وهو من علماء القرن الرابع الهجري– كتاب التعارف، وهو عبارة عن مسائل فقهية مبنية على العُرف في مختلف فروع الفقه[4]، ومن النصوص الدّالة على هذا الاعتبار يقول ابن بركة: "ولعلّ جميع ما تعبّدَ اللّه به عباده من طريق الشريعة أنّ ما أُخذَ عليهم أن يُخرجوا منه بما هو يقين عندهم، بما يستدلون على معرفته بالعادة الجارية والأحوال الظاهرة"[5]، ومن التطبيقات التي ذكرها ابن بركة في كتابه الجامع قوله: "والنظر يوجب عندي أنْ يرعى الحال، فإنْ كان المُضارِب معروفاً بالمضاربات إلى أماكن معروفة، وجرت العادة مِنه في التجارة في بحر، أو برٍّ فهي على عادته[6]، وقال الكُدمي: "وقد يخرج في معنى

---

(١) الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (ت: ٧٩٤هـ)، **المنثور في القواعد**، ط١، (تحقيق: محمد حسن اسماعيل)، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ص٩٦.

(٢) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، **المغني**، د ط، ج٣، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م، ص٤٨١. ومحمد الزحيلي، **النظريات الفقهية**، ص ١٧١–١٧٢.

(٣)الطوفي، سليمان بن عبد القوي (ت: ٧١٦هـ)، **شرح مختصر الروضة**، ط١، (تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي)، ج٣، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م، ص ٢١٢.

(٤) السعدي، جابر بن علي (معاصر)، **ابن بركة وأراءه الأصولية**، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤م، ص ١٧١، و المنذرية، أمل بنت خميس، **أثر العرف في المذهب الإباضي**، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة القاهرة، مصر،٢٠٠٩م، ص ٦٦–٦٩.

(٥) ابن بركة، محمد بن عبدالله البهلوي،(القرن الرابع الهجري)، **التعارف**، ط١، (تحقيق: بدر بن سيف الراجحي)، ذاكرة عُمان، سلطنة عُمان، مسقط، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م، ص ٧٤.

(٦) ابن بركة، محمد بن عبدالله البهلوي،(القرن الرابع الهجري)، **الجامع**، ج٢، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان،١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص ٣٧٠.

الاطمئنان والتعارف، وما تجري به العادات ما يشبه معنى الحكم الثابت بالأصول، فتصبح بذلك العادات والتعارف في معنى ما يثبت بالأحكام الثابتة[١].

وهناك طريقتان في الاستدلال على حُجِّية العرف:

الطريقة الأولى: طريقة الجمهور، وهي الطريقة المعتادة بالاستدلال على حُجِّية العرف من القرآن الكريم، والسنة، والإجماع، والمعقول:

أولاً: من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ[٢]﴾، واستدلَّ بهذه الآية القرافي[٣]، والطرابلسي[٤]، على وجوب القضاء بالعرف تحقيقاً لصيغة الأمر الواردة، ووجه الاستدلال فيها: أنَّ المُراد بالعرف ما تعارفه الناس وجرت به عاداتهم في الأقوال والأفعال، فأمر الله رسوله بذلك، وهذا دليل اعتباره في الشرع، وإلّا لما كان للأمر فائدة[٥].

اعتراض على هذا الاستدلال بالآتي:

أنَّ الاستشهاد بهذه الآية حجة ضعيفة وفيه تكلّف، فالمراد بالعرف المعروف، سواءٌ عُرفَ حُسنه بالعقل أو الشرع[٦].

أنَّ الآية مَكيّة، والتشريع في مكة لَم يتناول الأحكام الفرعية العملية التي يُعمل فيها بالعرف، وإنَّما وردت للحثِّ على مكارم الأخلاق[٧].

---

(١) الكُدمي، محمد بن سعيد، **المعتبر**، د ط، ج٤، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، ص٨٣.

(٢) سورة الأعراف / الآية : ١٩٩.

(٣) القرافي، **الفروق**، ج٣، ص ٢٧٦.

(٤) الطرابلسي، علي بن خليل (ت: ٨٤٤هـ)، **معين الحكّام**، دار الفكر، ص ١٢٨.

(٥) أبوسنة، **العرف والعادة**، ص ٢٣.

(٦) أبوسنة، **المرجع السابق**، ص ٢٣. وعبدالكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص ٢٣٨.و محمد الزحيلي، **النظريات الفقهية**، ص ١٧٢.

(٧) الطيب خضري، **الاجتهاد فيما لا نصّ فيه**، ج٢، ص٢١٧.

ثانياً: من السنّة النبوية: قال عبدالله بن مسعود في حديثٍ موقوف: "ما رآه المسلمون حَسناً فهو عند الله حسن"[١] وَوجه الاستدلال هنا: أنَّ ما استحسنه المسلمون وتعوَّدوا عليه، وتلقته عقولهم واطمأنّت إليه نفوسهم يقرِّه الله، وما يقرّه الله حقٌ لا باطلَ فيه، وما ليس بحق فليس عند الله بحسن[٢].

اعتراض على هذا الاستدلال بالآتي:

أنه خبر واحد لا تثبت به الأصول[٣].

لفظ "المسلمون" يشمل جميع المسلمين، فالمراد به الإجماع، لا ما تعارفوا عليه[٤].

يقول محمد توفيق: "العرف لا علاقة له بعوالم الحسن؛ لعدم ابتنائه عليه غالباً، والمعلّل منها أي الذي يُدرك العقل حسنه نادر جداً[٥]".

---

(١) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده، باب مسند عبدالله بن مسعود – رضي الله عنه –، حديث رقم (٣٦٠٠).ابن حنبل، أحمد بن محمد الشيباني،(ت: ٢٢١هـ)، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ط١،تحقيق : شعيب الأرناؤوط – عادل مرشد، وآخرون، ج٦، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م، ص ٨٤. وعلق عليه الحاكم في المستدرك وقال : هذا حديث صحيح. الحاكم، محمد بن عبدالله (ت: ٤٠٥هـ)، **المستدرك على الصحيحين**، ط١، (تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا)، ج ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ، ١٩٩١م، ص ٨٣.

(٢) أبو سنة، **العرف والعادة**، ص ٢٤. و الطيب خضري، **الاجتهاد فيما لا نصّ فيه**، ج٢، ص٢١٨. و محمد الزحيلي، **النظريات الفقهية**، ص ١٧٣. والباحسين، يعقوب بن عبدالوهاب،، **قاعدة العادة محمة**، ط١، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، ص ١٢٣.

(٣) الغزالي، محمد بن محمد،(ت:٥٠٥هـ)، **المستصفى من علم الأصول**، د ط، (تحقيق: طه الشيخ)، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، د ت، ص٣١٨.

(٤) الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد،(ت: ٦٣١)، **الإحكام في أصول الأحكام**، ط٥، (تحقيق : ابراهيم العجوز)، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م، ص ٣٩٤.و أبوسنة، **العرف والعادة**، ص ٢٥-٢٦.

(٥) محمد تقي الحكيم، **الأصول العامة للفقه المقارن**، دار الأندلس للطباعة والنشر، ص ٤٢٥.

ثالثاً: الإجماع: قال القرافي: "أمّا العُرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقراهم وجدهم يصرحون بذلك[1]"، كما أنَّ عمل الفقهاء بالعرف في اجتهاداتهم، واحتجاجهم به على مرِّ العصور، و تطبيقاتهم في مختلف أبواب الفقه، يكون بمثابة الإجماع السكوتي، مع أنَّ البعض صرَّح بذلك فيكون اعتباره ثابت بالإجماع[2].

رابعاً: من المعقول: اعتبار العادات الجارية ضرورة شرعية؛ لأنَّ فيها تيسير، ورفع للحرج، ولو لم تعتبر لأدى إلى التكليف بما لا يطاق، وهو غير جائز شرعا، قال تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا[3]﴾، وعدم مراعات العوائد تناقض مع هذا المبدأ[4].

الطريقة الثانية: هذه الطريقة جاء بها أبو سنّة، حيث قال في معرض حديثه عن اعتبار العرف: "طريقتي في الاستدلال[5]"، وحصر أبو سنة استعمالات الفقهاء للعرف في أربعة[6]:

الأول: العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم الظاهر:

لا يصح أن يكون العرف مقياساً للمصلحة، ولا دليلاً على مشروعية الأحكام؛ لأنَّه لا توجد حجة على اعتباره، ولا يكون دليلاً إلاّ باعتبار الشارع له، ما لم يؤيده أصلٌ من أصول الفقه، ولذلك يردُّ العرف إلى الأمور الآتية:

---

(١) القرافي، أحمد بن إدريس (ت :٦٨٤هـ)، **شرح تنقيح الفصول**، ط١، (تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد)، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م، ص ٤٤٨.

(٢) أبو سنة، **العرف والعادة**، ص٣٥.و عبدالكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص ٢٤٠. والزلمي، مصطفى إبراهيم، **أصول الفقه الإسلامي**، ط١، دار وائل للنشر، عمّان، الأردن،٢٠١١م، ص١٢٩.

(٣) **سورة البقرة / الآية : ٢٨٦.**

(٤) الشاطبي، **الموافقات**، ج٢، ص ٢١٨-٢١٩.

(٥) أبو سنة، **العرف والعادة**، ص ٢٦.

(٦) أبو سنة، **العرف والعادة**، ص ٢٧-٥٥.

١. ردّ العرف إلى أدلّة الشرع الصحيحة: إنّ التعامل الذي جُعلَ دليلاً على جواز وقف المنقول والاستصناع ودخول الحمّام مردود إلى الإجماع العملي من المجتهدين، قال ابن الهمام في الاستصناع: "ولكنّا جوزناه استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي[١]".

٢. ويمكن ردُّ العرف إلى دلالة الإجماع إذا ما انقطع المجتهدون، وما جرى به التعامل كالإجارة، والاستصناع، فقد جوزوه للحاجة ورفع الحرج عن الناس، يقول الزيلعي في الإجارة: "والقياس أنْ لا تجوز؛ لما فيها من إضافة العقد لما سيوجد، إلاّ أنّها أجيزت للضرورة؛ لشدة الحاجة إليها[٢]، وبيان ذلك أنَّ المتقدمين إذا أجمعوا على استصناع الأواني بطريق التعامل، كان اجماعاً على ما كان في الصدر الأول ومعلل للضرورة، فإذا تعاملوا في العصور المتأخرة استصناع شيء آخر كالثياب، وذلك دليل على الضرورة ايضاً، فيلحق ما وجد بما أُجمِعَ عليه في حكم الجواز بدلالة الإجماع؛ لتساوي العلّة وهي الحاجة والضرورة.

٣. ردُّ العرف إلى قاعدة التعليل، أو المصلحة المرسلة: ومن ذلك اعتبار جنس العلّة في جنس الحكم، كاعتبار الشارع المشقّةَ في التخفيف، أمّا أنّ المشقة جنس العلة؛ فلأنّها شاملة كمشقة السفر والمرض، وأما أنّ التخفيف جنس الحكم؛ فلأنَّه شامل للتخفيف بقصر صلاة السفر، فالمشقة تجلب التيسير، والمراد المشقة التي الزائدة التي يضيق بها الصدر، مثل عذر من أسلم في دار الحرب وترك الشرائع جهلاً بها، ولذلك عندما يقالُ يجوز كذا للعرف ليس للاستدلال به وإنما هو استخراج للحكم من قاعدة عامة أثبتها الدليل الشرعي.

٤. ردُّ العرف إلى أصل المنافع والمضار: فقد جعل الأصوليون مدركاً عامّاً هو أنّ الأصل في المنافع الإباحة، قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا[٣]﴾، والأصل في المضار

---

(١) ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد السواسي (ت: ٨٦١هـ)، **فتح القدير**، ج٧، دار الفكر، ص١١٥.

(٢) الزيلعي، عثمان بن علي (ت:٧٤٣هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط١، ج٥، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ١٣١٣هـ، ص ١٠٥.

(٣) سورة البقرة / الآية ٢٩.

التحريم؛ لحديث "لا ضرر ولا ضرار[1]"، وهذا المدرك العام يمكن العمل به في أكثر الاعراف الجارية في المعاملات والعادات والاجتماعية والسياسية وغيرها.

الثاني: العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلَقة على الحوادث:

هناك أحكام تختلف حسب عادات الناس وأحوالهم، وتتغَّير بتغُّير مصالحهم، فكان من حكمة الشارع أنْ شرَع للناس أحكاماً مطلقة من البيان والتفصيل، فيمكن تطبيقها في كل زمانٍ ومكان، يقول القرافي: "التعزير يختلِف باختلاف الإعصار، والأمصار فربَّ تعزيرٍ في بلدٍ يكون إكراماً في بلد آخر، كقلع الطيلسان بمصر تعزير، وفي الشام إكرام، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هوانا، وبالعراق ومصر هوان[2]".

ومعنى اعتباره أي الرجوع إليه في الأحكام الكلية عند تطبيقها على جزئيات الحوادث، فالمجتهد أو المفتي، أو القاضي، إذا عرضت عليه حادثة لم يرد من الشرع إلاّ حكمٌ كلّي يجمعها مع أمثالها مثل التعزير وأسبابه رُجِعَ في تطبيقه على هذه الحادثة الجزئية إلى تحكيم العرف والعادة.

الثالث: العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف:

الأصلُ في التعبير عن المعاني باللفظ؛ لوفائها بتفهيم الغرض من غير مشقة، وقد يُستغنى عن اللفظ بالعادة الجارية بين الناس تكون دالّة على الإذن في الشيء، أو المنع، أو بيان نوعه، أو قدره، وعلى القاضي والمفتي أنْ يراعي هذه العادات التي تجري مجرى النطق، ويترتب عليه ما يترتب على الألفاظ من أحكام، مثال تقديم الطعام للضيف، يكون كالإذن الصريح له بتناوله، وهذا النوع معتبرٌ

---

(١) أخرجه ابن ماجة في صحيحه، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، حديث رقم (٢٣٤٠)، ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني،(ت: ٢٧٣هـ)، **سنن ابن ماجة**، ط١، (تحقيق : شعيب الأرناؤوط، وعادل مرشد، ومحمَّد كامل قره بللي، وعَبد اللّطيف حرز الله)، ج٣، دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م، ص٤٣٠. قال ابن رجب الحنبلي: "حديث حسن"، انظر: ابن رجب، عبدالرحمن بن أحمد الحنبلي (ت:٧٩٥هـ)، **جامع العلوم والحكم**، ط٧، (تحقيق: شعيب الأرناؤط، و إبراهيم باجس)، ج٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ،٢٠٠٠م، ص٢٠٧.

(٢) القرافي، **الفروق**، ج٤، ٣٢٥.

بمعنى قيامه بين الناس يكون مقام النطق، ومنْها الدُّخول إلى الحمّام بدون التصريح على عقد الإجارة، أو مدّة المكث، أو قدر الماء الذي يستعمله المستأجر، فهذا كله راجع إلى العرف.

الرابع: العرف القولي:

بمعنى أنَّ كلَّ متكلم يُحملُ كلامُه على عُرفِهِ، سواء أكان ذلك خطاب الشارع، أو تصرفات الناس، فأقوال الناس التي يُبنى عليها تصرفاتهم وعقودهم، تُحملُ على عُرفهم في مخاطبتهم، فالأحكام التي تترتب على الالتزامات الفقهية من عقود، وشروط، وغيرِها تجري على حسب ما يفيده اللفظ عرفاً، مثال: لو قال شخص عندي خمسون ريالاً لزيدٍ، يحملُ الإقرار على الأمانة وليس الدين، ولا ضمانَ عليه إنْ هلك، لأن كلمة (عندَ) في العرف تستعمل للأمانة، فيُحمل الكلام على العرف، قال القرافي: "ألا ترى أنّهم أجمعوا على أنَّ المعاملات إذا أُطلق فيها الثمن يُحمل على غالب النقود، وإنْ كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه[1]"

الترجيح:

يمكننا القول – بعد النظر في طريقة الاستدلال الأولى– إنَّ أدلتهم – على اعتبار العرف– ليست قوية في الدلالة على حُجِّية العُرف، ولا على مكانته بين المصادر الشرعية الأخرى، كما أنّ دلالتها ليست صريحة، بل تحتمل عدة احتمالات، والدليل إذا دخله الاحتمال سقط به الاستدلال؛ لذلك يمكن القول إنَّ طريقة أبو سنّة هي الأقوى لاعتبارات عدّه:

١. لأنّه أثبت حُجِّية العرف بطريق الاستقراء الذي يُعدّ من أفضل الطرق للوصول إلى حقيقة شيء ما أو اثبات حجيته، وذلك بتتبع الأحكام الشرعية التي استندت الى العرف ثم التوصل إلى حكم كلي في تلك الجزئيات.
٢. أثبت أنَّ العُرف ليسَ دليلاً أصليّاً يمكنُ أنْ تُبنى عليه الأحكام، بل لا بدَّ أنْ يَستند إلى دليل أصلي آخر.

---

(١) القرافي، **الإحكام**، ص٢١٩.

٣. حصرَ المصادِرَ الأصليّة التي يمكن للعرفِ أنْ يُسند إليها، وبالتالي سهّل على المجتهدين والفقهاء إثبات الأحكام الشرعية الجديدة عن طريق العرف.

الخلاصة:

إنَّ الجمع بين تلك الأدلة، وتظافرها مع بعضها البعض يعطي دليلا قوياً على حُجِّية العرف ومشروعيته، وعلى القاضي والمفتي أنْ يراعيا - في الأحكام والفتوى- عرُفَ الناس في كل زمان مكان.

المطلب الثاني: أقسام العرف في الفقه الإسلامي

يُقسّم العرف إلى أقسام متعددة وفق اعتبارات مختلفة نذكر بعضاً منها[١]:

أولاً: باعتبار موضوعه ينقسم إلى لفظيٍ وعمليٍ.

العُرف اللّفظي: هو أنْ يتعارف قومٌ على إطلاق لفظٍ على معنى، غير المعنى الموضوع له أصلاً، بحيث يتبادر إلى الأفهام ذلك المعنى[٢]، عند الإطلاق بلا قرينة، ولا علاقة عقلية[٣] مثال: لفظِ الولد يُطلق في الأصل على الذكر والأنثى، بدليل قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ[٤]﴾، ولكن جرى إطلاق لفظ الولد عرفاً على الذكر دون الأنثى، فأصبح هو المتبادر إلى الأذهان عند سماعه، وكذلك إطلاق لفظ الدراهم على الورق النقدي مع أنَّ الدراهم في الأصل تطلق على نقد فضي مسكوك له قيمة محددة.

---

(١) مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٧٥-٨٧٨. وأبوسنة، **العرف والعادة**، ص١٧-٢٠. و محمد تقي الحكيم، **الأصول العامة للفقه المقارن**، ص٤٢٠-٤٢١.وعبدالعزيز خياط، **نظرية العرف**، مكتبة الأقصى، عمّان، ص ٣٢-٣٨. والطيب خضري، **بحوث في الاجتهاد في ما لا نص فيه**، ج٢،ص ٢٠٢-٢٠٦. و وهبة الزحيلي، **اصول الفقه**، ج٢، ص٢٠٧-٢٠٩.و محمد الزحيلي، **النظريات الفقهية**، ص١٦٧-١٧٠.

(٢) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج١، ص ٢٨٢.

(٣) مصطفى **الزرقا**، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٧٥.

(٤) سورة النساء / الآية : ١١.

العرف العملي: هو أنْ يعتاد الناسُ في معاملاتهم المدنية وتصرفاتهم على فعلٍ معينٍ[1]، مثال: بيع التعاطي من دون لفظي الإيجاب والقبول، ومثالٌ في عُمان: دفْعُ مبلغ الإيجار نهاية الشهر، عكس الأردن يُدفع بداية الشهر، ومن العُرف العملي استعمال مياه الأفلاج[2] في الشرب والغسيل واستعمال المنازل.

ثانياً: باعتبار شموله ينقسم إلى عام وخاص.

العُرف العام: وهو ما تعارفه الناس في كلِّ الأمصار[3]، مثال: بيع المعاطاة، وعقد الاستصناع، وتقسيم المهر إلى عاجلٍ وآجلٍ، والبيع بالتقسيط، وإباحة تناول الثمار الساقطة من أشجار الحدائق والمتنزهات العامة.

العرف الخاص: ما يختص ببلدٍ معين، أو بفئة معينة من الناس دون أخرى، كأنْ يكونوا أصحاب مهنة أو حرفة معينة، مثال: كتعارف أصحاب سيارات الأجرة في عُمان على توصيل الأمتعة من منطقة إلى أخرى بنفس سعر ركوب شخص آخر إلى تلك المنطقة، وإنْ كانت الرسالة عبارة عن ورقة، وتعارف أهل عُمان على جوازِ أخذ ما يتساقط من ثمار النخيل، والمزروعات المملوكة للغير.

ثالثاً: باعتبار مشروعيته ينقسم إلى عرف صحيح، وفاسد.

العرف الصحيح : هو ما تعارفه الناس، وليس مخالفاً لنصٍ شرعي، ولا مفوّتاً لمصلحة معتبره، ولا جالباً لمفسدة[4]، مثال: تعارف الناس على أنْ ما يقدّمه الخاطب لمخطوبته من عطور وحلي وثياب

---

(١) مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٧٦. والطيب خضري، **بحوث في الاجتهاد في ما لا نص فيه**، ج٢،ص ٢٠٣.

(٢) مفرد فلج، وهو نظام لتوفير المياه لمجموعة من الناس للاستعمالات المنزلية والزراعية. ينظر: مجموعة مؤلفين، **الموسوعة العمانية**، ط١، ج١ وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، مسقط، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م، ص ٢٥٦.

(٣) أبو زهرة، محمد بن أحمد، **أصول الفقه**، دار الفكر العربي، ١٤٣٣هـ، ٢٠١٢م، ص٢٤٧.

(٤) عبدالوهاب خلاّف، **أصول الفقه**، ص٧٤. و عبدالكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص ٢٣٨.وخياط، **نظرية العرف**،ص٣٧.

وغيرها تعدُّ هدايا وليست من المهر، وتعارف أهل عُمان على دعوة جمهور من الناس لحضور عقد القرآن وتقديم الحلوى والقهوة لهم.

العرف الفاسد: هو ما تعارفه الناس، لكنَّه يُخالف نصاً شرعياً، أو يجلب ضرراً، أو يدفع مصلحة[١]، مثال: تعارف الناس في عُمان على تقديم الولائم في العزاء، واعتياد الناس على لعب الميسر والقمار.

المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي

وضع الأصوليون والفقهاء عدَّة شروط لا بد من توفّرها كلها؛ لاعتبار العرف في التشريع، وإذا تخلّف أحد الشروط فلا اعتبار للعرف، وهي:

الشرط الأول: أنْ يكون العرف مطّرِداً أو غالباً[٢]، والمراد باطِّراد العرف أنْ يكون العمل به مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلّف، فإذا اضطرب العمل به فلا عبرة به، ومعنى الغلبة أنْ يُعمل به في أكثر الحوادث ولا يتخلف إلاّ قليلا[٣]، مثال: تقسيم المهر إلى مُعجّلٍ، ومُؤجّلٍ، فانّه يعتبر مطرداً إذا كانَ أهل البلد يُجرونه في جميع أو أغلب حالات النكاح[٤].

---

(١) عبدالوهاب خلاّف، **أصول الفقه**، ص٧٤. و عبدالكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص٢٣٧.

(٢) السيوطي، **الأشباه والنظائر**،ج١، ص ١٧٨. وابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص ١١٧. و علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص ٤٦.

(٣) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٩٧. وعبدالكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص٢٤١. والسيد صالح، **أثر العرف في التشريع**، ص١٩٠.

(٤) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٩٧.

الشرط الثاني: أنْ يكون العرفُ عامّاً[1]، بمعنى أنْ يكون شائعاً مستفيضاً بين أهل البلاد كلها، أو أهل بلدة معينة، وليس المراد بالعموم هنا الاطراد؛ لأنَّ العرف قد يكون عاماً، لكنَّه غير مطّرد في الحوادث، وقد يكون خاصّاً بفئة معينه لكنّه غير مطرد[2]، قال ابن عابدين: "اعلم أنّ كلَّ من العرف العام، والخاصّ إنّما يعتبر إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم[3]".

الشرط الثالث :أنْ يكون العرف المراد تحكيمه في التصرف قائماً عند إنشائها[4]، بمعنى أنْ يكون العُرف سابقاً، أو مقارناً للتصرف المراد إعماله فيه، لأنَّ العرف لا يعمل في ما مضى قبله، وهذا الشرط فيه احتراز من العرف الطارئ فإنَّه لا يحكم فيه، فإذا كان العرف أنْ يسلَّم المهر قبلَ عقد القِران، ثم تبدّل العرف، وأصبح يسلَّم قبل الدخول فإنّ الذي يحمل على العرف التصرف الجديد وليس القديم[5].

الشرط الرابع: أنْ لا يكون مخالفاً لأدلّة الشرع أو قاعدة من قواعده[6]، فإذا كان العمل بالعرف فيه تعطيل لنصٍّ شرعيٍّ، أو أصلٍ قطعي في الشرع، يكون العرف لا اعتبار له، فالنصُّ مقدمٌ على العرف، مثل العرف الحاصل اليوم بتعامل الناس بالرِّبا الذي حُرِّم بنصٍ قطعيٍّ، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا[7]﴾، فالعرف هنا ليس له أيُّ اعتبار شرعي[8].

الشرط الخامس: أنْ لا يُعارض العرفَ تصريحٌ بخلافه[9]، معنى ذلك أنَ يبقى العمل بالعرف الموجود فإذا اتفق المتعاقدان على خلافه فلا اعتبار للعرف، كما لو كان العرف أنْ ينقل البائع

---

(١) أبوسنة، **العرف والعادة**، ص ٥٨. والسيد صالح، **أثر العرف في التشريع**، ص١٩٦. و الطيب خضري، **الاجتهاد فيما لا نص فيه**، ج٢، ص٢٢٢.

(٢) أبوسنة، **العرف والعادة**، ص ٥٦. و السيد صالح، **أثر العرف في التشريع**، ص١٩٦. و الطيب خضري، **الاجتهاد فيما لا نص فيه**، ج٢، ص٢٢٢.

(٣) ابن عابدين، **نشر العرف**، ج٢، ص١٣٤.

(٤) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٩٩.

(٥) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٩٩. و خياط، **نظرية العرف**، ص٥٤.

(٦) أبوسنة، **العرف والعادة**، ص٦١. و الطيب خضري، **الاجتهاد فيما لا نص فيه**، ج٢، ص٢٢٤.

(٧) سورة البقرة / الآية: ٢٧٥.

(٨) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٩٠٢. و الطيب خضري، **الاجتهاد فيما لا نص فيه**، ج٢، ص٢٢٤.

(٩) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٩٠١.

البضاعة إلى منزل المشتري واتفق المتعاقدان صراحةً على أنْ يتحمَّل النقل المشتري، قال العزُّ بن عبدالسلام: "كل ما يثبت في العُرف إذا صرّح المتعاقدان بخلافه ممّا يوافق مقصود العقد صَحَّ، فلو شرط المستأجر على الأجير أنْ يستوعب النهار بالعمل من غير أكلٍ وشرب يقطع المنفعة، لزمه ذلك[1]"، جاء في المادة (١٣) من مجلَّة الأحكام "(لا عِبرة للدَّلالة في مقابل التصريح)؛ لأنَّ دلالة الحال في مقابل التصريح ضعيفة، فلا تعتبر مقابلة للتصريح القوي[2]".

المبحث الثالث: مكانة العرف في القانون الوضعي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شروط اعتبار العرف وأركانه في القانون الوضعي.

تمهيد:

عاش النّاس في العصور القديمة حياةً بسيطة خالية من التعقيد؛ وذلك لقلّة التعاملات والتصرفات، و مع مرور الزمن تطورت الحياة، وزادت نسبة السكان، وتشعبت الحياة وكثرت المعاملات بين الناس؛ مما اضطرهم إلى وضع تشريعات، وأنظمة تنظم تعاملاتهم، وتصرفاتهم في حياتهم اليومية، فوضعوا القوانين بناءً على عاداتهم، وتقاليدهم، وأعرافهم التي ألِفوها وتعوَّدوا عليها؛ ولذلك عُرِّفَ القانون بأنّه "مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية، والتي تقسر الدولة الناس على

---

(١) ابن عبد السلام، عز الدين بن عبد العزيز، (: ٦٦٠هـ)، **قواعد الأحكام في إصلاح الأنام**، ط٥، (تحقيق: نزيه كمال حماد و عثمان جمعة ضميرية)، ج٢، دار القلم، دمشق، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م، ص٣١١.

(٢) علي حيدر، **درر الحكّام**، ج١، ص٢٦.

اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء[1]"، فما هي مصادر هذه القواعد وما دور العرف فيها؟ هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب.

الفرع الأول: مكانة العرف في القانون الوضعي:

للحديث عن مكانة العرف في القانون يمكن تقسيمه إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل وجود التشريع:

كان العرف في المجتمعات القديمة البسيطة – والتي ما زالت الحياة والروابط فيها قليلة وغير معقدة – هو القانون الذي تسير عليه تلك المجتمعات، وإنْ لم يكن مكتوباً لكنْ له قوة ملزِمة، نشأت تلك القوة عندما اعتاد عليه الناس، واعتقدوا بإلزامه لهم، وعليهم اتباعه ومعاقبة المخالفين له، فهو تعبير صادق عن إرادتهم، حتّى إذا زادت متطلبات الحياة وتشعبت المعاملات وكثرت؛ أضطر الناس إلى إيجاد تشريع مكتوب، يستوعب حياتهم الاجتماعية، وتعاملاتهم اليومية، فدوّنوا تلك الأعراف وجعلوها تشريع، عندها أصبح العرف أول مصدر للقانون عرفته البشرية، فالعرف والتشريع المصدرين الرسميين في جميع الشرائع.

المرحلة الثانية: بعد وجود التشريع.

لم يكن العرف قادراً على مواكبة سرعة تطور الحياة وزيادة معاملاتها وروابطها الاجتماعية، وذلك لبطء تكوينه، إذ يحتاج لوقت طويل حتّى يكوّن قاعدة أمره، فلا يواكب حاجة الجماعة وما يطرأ عليهم من أحوال ومتغيرات، كما أنَّ بزيادة الأقاليم والبلدان تنشأ أعرافاً مختلفة بين تلك الأقاليم فيصعب تطبيق عرفٍ معينٍ على كل الأقاليم، وكوْن العرف غير مكتوب؛ فهو غير واضح؛ مما يؤدي إلى الخلاف والنزاع وينعدم استقرار المجتمع، كلّ هذه العيوب في العرف كانت ميزة في التشريع، فحلّ محل العرف في صدارة مصادر القانون، وبدأ العرف ينحسر تدريجياً حتّى أصبح اليوم مصدراً احتياطياً بعد التشريع، ومع ذلك يبقى دور العرف مهمّ في بعض القوانين كالقانون الدولي العام، حيث يعتبر

---

(١) السنهوري وأبو ستيت، **أصول القانون**، ص ١٣.

العرف أهم مصادره؛ ذلك لعدم وجود هيئة تشريعية دولية تسنّ القوانين وتجعل الدول ملزمة بها كما في القانون الداخلي، فهو يقوم على ما جرت عليه الأعراف بين مختلِف الدول، كما أنَّ للعرف التجاري دورٌ كبيرٌ في القانون التجاري لا تقل عن أهميته في القانون الدولي؛ لما تحتويه التعاملات التجارية من تعاملات كثيرة ومختلفة ومتشعبة، فتُرِكَ المجال للعرف في الأمور التي لم يتناولها التشريع، والعرف يقوم بدور مهمّ في مختلف فروع القانون العام والخاص على حد سواء إذ يسدُّ النقص الموجود بالتشريع فتارة يكون مكملاً، وتارة يكون معاوناً للتشريع، كما يمكن أنْ يُعتمد عليه في تفسير نيةِ المتعاقدين، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني من البحث(١).

الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف في القانون الوضعي:

هناك عدة شروط يجب توافرها في العرف حتى يُصبح قاعدة عرفية ومصدراً من مصادر القانون وهي:

١. أنْ يكون العرف عامّاً، وليس المقصود بالعموم أنْ يكون شاملاً لكل الناس في الدولة، بل المقصود الأغلبية منهم إذا كان العرف على مستوى الدولة، وقد يكون داخل اقليمٍ معينٍ، أو قرية معينة، أو يكون لأصحاب مهنة معينة كأعراف الفلَجِ عند المزارعين، وأعراف البحر عند الصيادين في عُمان، بل قد يكون العرف لشخصٍ واحد مثل اصدار قرارات خاصّة من قبل رئيس الدولة، وبذلك تتحول إلى عرفٍ لدى الناس أن من يخوَّل لإصدار تلك القرارات هو الرئيس فقط.
٢. أنْ يكون العرف قديماً، وقِدَمُ العرف ليس له حدّ معين بفترة زمنية، فهو أمرٌ نسبي يعتمد على حسب الظروف الزمانية والمكانية، ويترك تقدير ذلك للقضاء، المهم أنْ يتبع الشيء المتعارف عليه مدةً زمنية طويلة، حتى يكون مستقراً في نفوس الناس.

---

(١) السنهوري وأبوستيت، **أصول القانون**، ص ٨٠، والصّدة، **أصول القانون**، ص ٤٩ و١٤٠ وما بعدها، و مرقس، سليمان، **شرح القانون المدني – المدخل للعلوم القانونية–**، ج١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧م، ص١١٤ وما بعدها.

٣. أنْ يكون العرف ثابتاً، بحيث يستمر الناس باتباعه بانتظام دون انقطاع، فإذا ترك في فترة معينة وعادوا اليه مرة أخرى فلا يعتبر عرفاً.

٤. أنْ لا يكون العرف مخالِفاً للقانون والنظام العام، وآداب المجتمع وقيمه، ولو خالف ذلك لا يكون عرفاَ؛ لأنَّ العرف تعبير عن إرادة المجمع، مثالُ ذلك عادة الأخذ بالثأر في بعض المناطق في مصر واليمن، فلا يمكن اعتباره عرفاً لمخالفته للقانون الذي جعل الدولة تقوم بالقصاص وليس الأفراد.

٥. أنْ يكون العرف ملزِماً، وهو شرط مهم لتكوين العرف، فالعادة وإنْ كانت عامّة وثابتةً وقديمة لكنها إذا لم تكن لها صفة الإلزام لا يمكن أنْ تتحوّل إلى قاعدة قانونية، فلا بدّ أنْ يترسخ في أذهان الناس واعتقادهم أنّها ملزمة، ويجب عليهم اتباعها، ومعاقبة من يخالفها عندها تصبح العادة عرفاً وقاعدة قانونية[١].

الفرع الثالث: أركان العرف في القانون الوضعي:

يقوم العرف على ركنين أساسيين هما:

أولاَ: الركن المادي وهو الاعتياد: فإذا اعتاد الناس على سلوك معين وألفوه في حياتهم الاجتماعية، أو الاقتصادية، أو السياسية – أصبح ذلك الأمر عادة، ولا بدَّ من توفر الشروط الأربعة الأولى للعرف في هذا السلوك المعتاد لكي يصبح عادة وهي: العموم، والقِدم، والثبات، وعدم مخالفة القانون وآداب المجتمع.

ثانياً: الركن المعنوي وهو الشعور بالإلزام: إنَّ شعور الناس والمجتمع بأنَّ السلوك المعتاد في حياتهم ملزمٌ لهم، واعتقادهم بأنَّه قانون واجب اتباعه، واذا ما خالفوه فإنَّ هناك جزاء سيطبق عليهم، عندها تصبح تلك العادة عرفاً، فالعادة ينقصها الركن المادي لتكون عرفاً وهو ما يميز العرف عن العادة، والمقصود بالعادة هنا التي تكون في تعاملات الناس ولها صلة قانونية، وهي ما تسمى بالعادة

---

(١) السنهوري وأبو ستيت، **أصول القانون**، ص٨٢-٨٤.و فرج، **المدخل الى العلوم القانونية**، ص١٣٢- ١٣٣.

الاتفاقية[١]، وليس المقصود العادات التي تكون تقاليد ومجاملات مثل تقديم الهدايا للمولود، وللعروسين والعادات، والتقاليد التي تكون في المناسبات، كلبس الخناجر في الأعراس والعزاء في عُمان، وتوزيع العيدية للأطفال في أيام العيد، فهذه ليست لها علاقة بمسمّى العادة في القانون[٢].

المطلب الثاني: قانون المعاملات المدنية العماني

تمهيد:

الدراسة تتناول قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩)، الذي صدر في (٢٥) من جمادى الثانية سنة (١٤٣٤هـ)، الموافق (٦) من مايو سنة (٢٠١٣م)، والذي نشر في العدد (١٠١٢) من الجريدة الرسمية. وتتناول تعريف قانون المعاملات المدنية، أو القانون المدني كما هو معروف في أغلب القوانين العربية، ثم تتحدث عن تطور قانون المعاملات المدنية العماني، ثم تذكر مصادره، ثم أهمية صدور القانون سواء بالنسبة للسلطة القضائية، أم بالنسبة للمجتمع بشكل عام.

الفرع الأول: تعريف قانون المعاملات المدنية العماني.

"هو مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص في المجتمع إلاّ ما يتكفل بتنظيمه قانون خاص آخر[٣]".

(١) سبق تعريف العادة الاتفاقية في المطلب الثالث من المبحث الأول من هذا الفصل.

(٢) الصّده، **أصول القانون**، ص١٤٤-١٤٨. وعبدالفتاح عبدالباقي، **نظرية القانون**، ص١٨٧.

(٣) الصّدة، **أصول القانون**، ص ٥٩. و الشرقاوي، **دروس في أصول القانون**، ص٥٠.

نلاحظ أنَّ التعريف استثنى من العلاقات الخاصة بين الأفراد ما قام بتنظيمه فرع من فروع القانون الخاص؛ لأنَّ قانون المعاملات المدنية هو أصلُ القانون الخاص، وهو الشريعة العامة فيه، بمعنى أنَّه إذا لم يوجد فرع – في القانون الخاص– ينظم مسألة معينة فمردها إلى القانون المدني، وإذا كان قانون المعاملات المدنية بهذه الأهمية فمن المستغرب تأخّر صدوره في عُمان عن بقية فروع القانون الخاص، كالقانون البحري العماني[(١)] الصادر في سنة (١٩٨١م)، وقانون التجارة العماني[(٢)] الصادر في سنة (١٩٩٠م)، وقانون المرور العماني[(٣)] الصادر في سنة (١٩٩٣م)، وقانون الأحوال الشخصية العماني[(٤)] الصادر في سنة (١٩٩٧م).

الأصلُ أنَّ المعاملات المدنية تُنظم نوعين من العلاقات: الأسرية، والمالية، أمَّا الأسرية فهي مسائل الأحوال الشخصية، والتي تتعلق بعلاقة الفرد بالأسرة، من نكاحٍ، ونسب، وميراث، ووقف وغيرها فقد نظمها قانون الأحوال الشَّخصية، وأمّا المعاملات المالية كالبيع، والإجارة، والهبة، وغيرها فقد نظَمها قانون المعاملات المدنية؛ ولذلك نجد بعض المعاصرين يعرفون القانون المدني على اعتبار أنَّه يختص بتنظيم الحقوق المالية، وما يترتب عليها من التزامات فعرفوه وفق هذا الاعتبار بأنَّه: "مجموعة من القواعد التي تنظِّم الحقوق المالية للأفراد والالتزامات المترتبة عليها[(٥)]".

وقانون المعاملات المدنية العماني شأنُه في ذلك كبقية القوانين العربية الأخرى كالمصري والعراقي والأردني، يختصُّ بتنظيم المعاملات المالية، أمّا المعاملات الأسرية فينظمها قانون الأحوال الشخصية، ويتكون قانون المعاملات المدنية العماني من (١٠٨٦) مادة[(٦)]، موزعة على باب تمهيدي وأربعة كتب:

---

(١) **القانون البحري العماني** رقم، ١٩٨١/٣٥.

(٢) **قانون التجارة العماني** رقم، ١٩٩٠/٥٥.

(٣) **قانون المرور العماني** رقم، ١٩٩٣/٨٢.

(٤) **قانون الأحوال الشخصية العماني** رقم، ١٩٩٧/٣٢.

(٥) الجبوري، ياسين محمد، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**،ط٢، م٣، ج١، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، ص٩.

(٦) **قانون المعاملات المدنية العماني** رقم ٢٠١٣/٢٩.

الباب التمهيدي: الفصل الأول تناول أحكاماً عامَّة، كتعريف القانون وتطبيق القانون، والفصل الثاني تناول أنواع الأشخاص، والفصل الثالث تناول الأشياء والأموال، والفصل الرابع تناول الحق نطاق استعماله وأقسامه.

- الكتاب الأول: الالتزامات أو الحقوق الشخصية، الباب الأول: مصادر الإلزام، الباب الثاني: آثار الالتزام.
- الكتاب الثاني: العقود المسمَّاة، الباب الأول: عقود التمليك، الباب الثاني: عقود المنفعة، الباب الثالث: عقود العمل، الباب الرابع: عقود الغرر.
- الكتاب الثالث: الحقوق العينية الأصلية، الباب الأول: حق الملكية، الباب الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.
- الكتاب الرابع: التأمينات العينية، الباب الأول: الرهن التأميني، الباب الثاني: الرهن الحجازي، الباب الثالث: حقوق الامتياز.

الفرع الثاني: تطور قانون المعاملات المدنية العماني.

تمهيد:

كان القاضي في عُمان قبل صدور القوانين والتشريعات يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيستقي حكم الواقعة من القرآن، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس، أو العرف، أو غيرها من مصادر الأحكام الشرعية، واستمر الوضع هكذا إلى أنْ صدرت القوانين والتشريعات العمانية في مختلف فروع القانون، وبسبب تأخر قانون المعاملات المدنية في صدوره؛ فقد كان القاضي في المعاملات المدنية يعتمد على مصادر الشريعة الإسلامية، و يرجع إلى ما كتبه الفقهاء في المعاملات المالية، ويرجع كذلك إلى السوابق القضائية التي حكم بها القضاة من قبلهم إلى أنْ صدر قانون المعاملات المدنية[1]،

---

(١) مقابلة علمية مع فضيلة الشيخ الدكتور عبدالله بن راشد السيابي، نائب رئيس المحكمة العليا بسلطنة عُمان، حول تطور قانون المعاملات المدنية العماني، أجراها الفاضل : محمد بن سيف الشعيلي، الباحث القانوني بالمكتب الفني، وذلك بمكتبه بالمحكمة العليا بمسقط، سلطنة عُمان، يوم الثلاثاء، ٨/ صفر/ ١٤٣٨هـ/ ٢٠١٦/١١/٨م.

واستمر العمل في وضع قانون المعاملات المدنية العماني ما يقارب أربعة عشرَ عاماً وفق مراحل عدّة هي:

المرحلة الأولى: تشكيل اللجنة: قرّر مجلس الوزراء، تشكيل لجنة برئاسة وزير العدل والأوقاف والشؤون الإسلامية – آنذاك– وعضوية عدد من المختصين؛ لإعداد مشروع قانون المعاملات المدنية.

المرحلة الثانية: إعداد مشروع القانون: قامت اللّجنة بتشكيل لجان فرعية؛ لإعداد مشروع القانون، وقد استقت أحكام المشروع من مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي، إلى جانب الاسترشاد بالقوانين المقارنة ذات الصلة، والتي أخذت أحكامها أيضاً من الفقه الإسلامي، مثل القانون الإماراتي، والكويتي، واليمني، والأردني، والمصري، ومشروع النظام (القانون) المدني الموحّد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي.

المرحلة الثالثة: مراجعة القانون: عُرض المشروع على مكتب المفتي العام للسلطنة وتم مراعاة ملاحظاته، ومراعاة الأعراف، والتقاليد السائدة في المجتمع العماني؛ ليكون مشروع القانون – بالتالي– متوافقاً مع فلسفة السياسة التشريعية للسلطنة، ومتوافقاً مع روح النظام الأساسي للدولة، ثم عُرض المشروع على مجلسي الدولة والشورى، وتم مناقشة هذه الملاحظات والأخذ بالمناسب منها، ثم شُكلت لجنة من المتخصصين لدراسته ومراجعته مراجعةً شاملةً جامعةً، وإعداده في صيغته النهائية، وقد ضمت هذه اللجنة ممثلينَ عن وزارتيِ العدلِ والشؤونِ القانونيةِ وعدداً من أساتذة الفقه الإسلامي والقانون المدني من جامعة السلطان قابوس، وعليه عكفت هذه اللجنة على دراسة مشروع القانون ومراجعته في ضوء ملاحظات مكتب المفتي العام و مجلسي الدولة والشورى. و خضع لكثير من التدقيق والمراجعة خلال أكثرَ من أربعة عشر عاماً، والمأمول أنْ يشكِّل لبنةً قويةً متماسكة في بنيان النظام القانوني للسلطنة[١].

---

(١) مقابلة علمية حول مراحل إعداد مشروع قانون المعاملات المدنية العماني، مع الفاضل/ جمال بن سالم النبهاني، مستشار وزير الشؤون القانونية، بمكتبه في مسقط، سلطنة عمان، بتاريخ الأثنين ٢٤/ ذو الحجة / ١٤٣٧هـ/ ٢٦/٩/ ٢٠١٦م.

الفرع الثالث: أهمية قانون المعاملات المدنية العماني.

يُعدُّ صدور قانون المعاملات المدنية العماني حدثاً مميزاً في مجال التشريعات العمانية، وتطوراً تاريخياً يواكب التطورات التشريعية لدول العالم، وإضافة كبيرة للقضاء، حيث وفّر الجهد، وأختصر الوقت على القاضي في الجانب المدني، حيث كان يبحث عن الحكم في هذا الكم الهائل من كتب الفقه وأقوال العلماء، ويرجح بينها ثم يختار ما يراه مناسباً؛ ليقضي به في المسألة، وإذا لم يكن هناك ما يحكم به فعليه أنْ يجتهد، وينظر إلى مصادر التشريع الإسلامي؛ ليستقي منها الحكم وبذلك القانون سهّل له الطريق، كما أنّ القانون جعل الأحكام متقاربة، ومتشابهة إلى حدٍ كبير، ووضع حداً لاختلاف الآراء والاجتهادات، فبعد أنْ كان كلُّ قاضٍ يأخذ بما يراه مناسباً من أقوال العلماء، أصبح هناك نصٌّ تشريعي يسير عليه كل القضاة في نفس المسألة، وسهل القانون عمل هيئة توحيد المبادئ القضائية، وسهّل الطريق أمام الخصوم للتقاضي، سواءً من حيث معرفة ماله من حقوق وما عليه من التزامات، أم من حيث معرفة نوع قضيته هل هي مدنية أم تجارية، فقبل صدور القانون كان الخصوم يخلطون كثيراً بين القضية المدنية والتجارية، كما أنَّ صدور القانون أكسب أفراد المجتمع ثقافة قانونية خاصة في القضايا المدنية، وفتح لهم المجال للبحث والدراسة في هذا الجانب[١].

المطلب الثالث: مكانة العرف في القوانين العماني

تمهيد:

تعدُّ القوانين العمانية حديثة النشأة مقارنة بقوانين بعض الدول العربية، كالقانون المصري والسوري والعراقي، حيث صدرت القوانين العمانية بعد عام ١٩٧٠م، ويعتبر قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٧٤/٧) هو أوّل تلك القوانين، بعدها تتابع صدور القوانين الأخرى، فمثلاً صدر النظام الأساسي للدولة سنة (١٩٩٦م) بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٩٦/١٠١)،

(١) الهنائي، الفضل بن غصن، **العقد أركانه وشروطه في قانون المعاملات المدنية العماني**،ط١، بيت الغشّام للصحافة والنشر، سلطنة عمان، مسقط، ٢٠١٦م، ص ٢٤.

ونجد قانون المعاملات المدنية الذي يعتبر أصلَ القوانين الخاصة قد صدر في عام (٢٠١٣م)، بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩).

قبل الحديث عن مكانة العرف في القوانين العمانية نذكر تقسيمات رجال القانون حيث قسموا القانون إلى عام وخاص:

أولاً: فروع القانون العام: ينقسم إلى قانون عام خارجي وهو ما يعرف بالقانون الدولي، وقانون عام داخلي يشمل النظام الأساسي للدولة، والقانون المالي، والقانون الإداري، والقانون الجنائي (قانون الجزاء وقانون الإجراءات الجزائية).

ثانياً: فروع القانون الخاص: حيث يندرج تحت القانون الخاص أغلب القوانين، وأهمها: القانون المدني، وهو أصلُ القوانين الخاصة، فقد تفرّعت منه بقية القوانين كالقانون التجاري، والقانون البحري، والقانون الجوي، وقانون العمل[١].

الفرع الأول: مكانة العرف في النظام الأساسي للدولة.

لا يوجد للقاعدة العرفية مكانة، ولم يُعطِ المشرِّع أيّ دور للعرف في النظام الأساسي للدولة؛ لأنَّ القواعد القانونية قد غطت هذا الجانب، كما أنّ النظام الأساسي جامد يكتفي بالقواعد القانونية المكتوبة، بعكس بعض القوانين الدستورية، وخاصة التي لم تكتب، كالقانون الإنجليزي الذي يعتبر العرف مصدراً أساسياً للقواعد الدستورية[٢].

الفرع الثاني: مكانة العرف في قانون الجزاء:

من القواعد الأساسية والمعروفة – في أغلب القوانين الجزائية– أنّه لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنصٍّ، وهذا ما جاء في المادة (١) من قانون الجزاء العماني "لا يُعدُّ الفعل جُرماً إذا لم يُوجد نصٌّ على

---

(١) الفار، عبدالقادر، **المدخل لدراسة العلوم القانونية**، ط١٦، دار الثقافة، الأردن، عمّان،١٤٣٧ه/٢٠١٦م، ص٤١ وما بعدها.

(٢) ابن الوكيل، شمس الدين، **دروس في القانون**، ط١، منشأة المعارف، مصر، الاسكندرية، ١٩٦٦م، ص١١٦.

ذلك حين اقترافه، كذلك لا يقضى بأي عقوبة لم يكن منصوصاً عليها حين اقتراف الجرم، يعد الجرم مقتَرفاً حالَما تتمُّ أفعال تنفيذه، دونَ ما نظرٍ إلى وقت حصول النتيجة[١]".

إن تحديد الجُرم والعقوبة الخاصة فيه مساواة وضمان لحقوق الناس والمجتمع، وحماية للدولة واستقرارها الأمني، فلم يترك المجال لاجتهاد أحدٍ في تحديد الجرم والعقوبة، وبالتالي ليس هناك مجال للقاعدة العرفية في قانون الجزاء، ولا توجد مادة أحال فيها المشرِّع للعرف، وإذا كان العرف لا يحدد جريمة ولا عقوبة لكنَّه قد يكون معاوناً للتشريع فيُرجَعُ إليه في تحديد الأسباب التي تحول دون توقيع العقوبة، كأسباب الإباحة والتبرير، مثل ضرب الآباء لتأديب أبنائهم وأعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية، وغير ذلك من الأمور التي جاء ذكرها في المادة (٣٨)[٢] من قانون الجزاء[٣]، كما أنَّ العرف قد يكون معيارا للأشياء، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٢٨١) في سرقة الأموال ذات القيمة التافهة، "يُعاقَب على السرقة بالسجن من عشرة أيام إلى ثلاثة أشهر أو بغرامة من ريالين إلى عشرين، بناءً على شكوى المتضرر:

١- إذا حصلت واستعمل شيئاً وردَّ مالاً بعد استعماله.

٢- إذا حصلت على أشياء ذات قيمة تافهة بما في ذلك الثمار والمحصولات الزراعية قبل قطفها أو حصادها[٤]".

جاء في المادة السابقة الأشياء ذات القيمة التافهة، وتحديدُ ما هو الشيء التافه من غيره يختلف حسب الزمان والمكان، فما يعدُّ تافهاً في هذا الزمن قد يكون غير تافه في الزمن الماضي والعكس، وما يعد تافهاً في عُمان قد لا يعدُّ كذلك في الأردن والعكس، والعرف هو المعيار في ذلك، وبذلك يكون للعرف دورٌ بسيط جداً في القانون الجزائي.

---

(١) **قانون الجزاء العماني** رقم ١٩٧٤/٧.

(٢)**المرجع السابق نفسه.**

(٣) قرني، عادل يحيى، **شرح قانون الجزاء العماني**، ط ٢،مجمع الدراسات والبحوث، أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة، عُمان، ١٤٣٢هـ،٢٠١١م، ص ٢٣-٢٤.

(٤) **قانون الجزاء العماني**، رقم ١٩٧٤/٧.

الفرع الثالث: مكانة العرف في قانون المعاملات المدنية:

قانون المعاملات المدنية صدر حديثاً؛ لذلك نجدُ القانون قد نظَّم جلَّ القضايا المدنية، ومع ذلك جعل المشرِّع العرفَ مصدراً احتياطياً في المرتبة الرابعة بعد القانون، والفقه الإسلامي، والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، حيث نصت المادة (١) من هذا القانون :"تسْرِي أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظِّمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نصٌّ في هذا القانون حكَمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف[١]".

وأحال المشرِّع في نصوص كثيرة من هذا القانون إلى العرف؛ ليقوم بدور المعاون للتشريع، فتارة مكملٌ، وتارة مفسّرٌ، وأخرى معيار، وقد استقرت المحاكم العمانية على أن تحري العرف والتثبت من قيامه من الأمور التي يختص بها قاضي الموضوع ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا إلا إذا رفض تطبيق عرف ثبت لديه قيامه ويقتضي هذا التمسك به أمام محكمة الموضوع التي يمكنها التثبت من قيامه[٢]، وسنتناول تفصيل هذا الجانب في الفصل الثاني.

الفرع الرابع: مكانة العرف في قانون التجارة:

إنَّ طبيعة المعاملات التجارية من حيث كثرتُها وتشعُّبها وتزايدُها في كلِّ يومٍ يجعل من الصعوبة بمكان أنْ تحتويها القواعد القانونية، فجعل المشرِّع القانوني العرف المصدر الثاني بعد القانون؛ ليكمل النّقص الموجود في القانون؛ لأنّ المعاملات التجارية تحكمها أعرافٌ كثيرة بين التّجار، فالقاضي عندما لا يجد نصاً في القانون ينظرُ إلى العرف المعمول به بين التّجار في تلك الواقعة؛ ويحكم بمقتضي العرف، وبذلك يكون العرف قد أخذ مكانةً كبيرة، ودوراً مهماً في قانون التجارة العماني الذي نصت المادة (٥) منه "إذا لم يوجد نص تشريعي، سرت قواعد العرف ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإذا لم يوجد عرف طبِّقت أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، ثم قواعد

---

(١) **قانون الجزاء العماني**، رقم ١٩٧٤/٧.

(٢) **قرار المحكمة العليا** رقم ٣٨ في الطن ٣٤ /٢٠٠٣م.

العدالة[١]"، ونجد المشرِّع العماني قد نحى منحى القوانين العربية الأخرى كقانون التجارة الأردني في المادة (٣)[٢]، وقدَّم القانون العرفَ الخاصَّ الذي يكون بين فئة من التجار، كتجّار المنسوجات، أو المزروعات وغيرها، والعرف المحلي هو الذي يكون في منطقة معينة دون سائر الدولة، أمّا العرف العام فهو الذي يكون على مستوى الدولة، وقدّم العرفَ الخاصَّ أو المحلي؛ لأنَّه قريبٌ من التجار، ومعبِّرٌ عن إرادتهم، فإذا لم يكن بينهم عرف خاص أو محلي ينظر إلى العرف العام[٣].

وقد أحال المشرِّع إلى العرف في نصوص كثيرةٍ من هذا القانون؛ ليقوم بدور المعاون للتشريع، ومثال ذلك ما جاء في المادة (٧٨) "الأعمال والخدمات التي تتعلق بالنشاط التجاري للتاجر والمقدَّمة للغير تكون بعِوَضٍ، ما لم يثبت خلاف ذلك. ويعيّن هذا العوض طبقاً للعرف، فإنْ لم يوجد حَددت المحكمة العوض[٤]".

الفرع الخامس: مكانة العرف في القانون البحري:

تُطلُّ عُمان على سواحل بحرية تمتد شواطئها مسافة (٣١٦٥ كم)، تمتدُّ من مضيق هرمز شمالاً إلى حدود اليمن جنوباً[٥]، ويعتبر البحر مصدرَ رزقٍ للعمانيين، فقد مارسوا فيه التجارة البحرية وصيد السمك، ومن خلال هذه النشاطات التجارية تكوّنت لديهم عادات وأعراف كثير، وهو ما يسمَّى بأعراف البحر، فللعرف دور كبير في الماضي، وهذا ما أخذ به القانون، إذ جعل العرف مصدراً من مصادر القانون البحري، حيث جاء في المادة (٢) : "إذا لم يوجد في هذا القانون نصٌّ يمكن تطبيقه، تطبق

---

(١) **قانون التجارة العماني**، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٥٥/١٩٩٠).

(٢) قانون التجارة الاردني، رقم: ١٢/١٩٦٦م.

(٣) المقدادي، عادل علي، **القانون التجاري المبادئ العامة وفقاً لأحكام قانون التجارة العماني**، ط١، دار الثقافة، الأردن، عمّان، ١٤٥٣هـ/٢٠١٤م، ص ٣٤.

(٤) **قانون التجارة العماني** رقم: ٥٥/١٩٩٠.

(٥) وزارة الإعلام، سلطنة عمان، **عُمان ٢٠١٣-٢٠١٤**، مؤسسة عمان للصافة والنشر، مسقط، عُمان،٢٠١٣م،ص ٤٢.

أحكام المبادئ العامة لأيِّ تشريع عماني آخر خاص بالملاحة البحرية، وأحكام الاتفاقيات الإقليمية والدولية والعرف البحري[١]".

ومن ناحية أخرى فقد أحال المشرِّع في كثير من المواد إلى العرف ليكمّل النقص الموجود في القانون، مثال ذلك ما جاء في المادة (١٣٤): "يلتزم المجهِّز بأداء أجرِ البحّارِ في الزمان والمكان المحدّدين، أو الذين يقضي بهم العرف[٢]".

الفرع السادس: مكانة العرف في قانون الأحوال الشخصية:

لم يصرّح قانون الأحوال الشخصية العماني باعتبار العرف مصدراً احتياطياً، وإنّما أشار إلى ذلك ضمنياً عندما جعل قواعد الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي يَلجَأُ إليه القاضي في حالة عدم وجود نصٍّ في القانون، حيث جاء في الفقرة (د) من المادة (٢٨١) "إذا لم يوجد نصٌّ في هذا القانون يَحكم بمقتضى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون[٣]"، والشريعة الإسلامية قد اعتَبَرَتْ العرف دليلاً عند عدم ورود النّصّ، والمشرِّع العماني تأسّى بالقوانين الأخرى كقانون الأحوال الشخصية الأردني، فقد جاء في المادة (٣٢٥) فيه ما نصه: "ما لا ذِكرَ له في هذا القانون، يُرجَعُ فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكامِ الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون[٤]" ونلاحظ أنَّ المشرِّع الأردني ضبط المسألة بشكل أفضل، حيث جعل المصدر الاحتياطي للقاضي في حالة عدم وجود نصٍّ الأخذ بالراجح من مذهب أبي حنيفة، وبذلك سهّل على القاضي بحيث لا يتِيهُ في البحث عن حكمِ المسألة في الفقه الإسلامي الواسع، كما أنَّ هذا الأمر يجعلُ الأحكام متقارِبة ومنضبطة، وقد راعى قانون الأحوال الشخصية العماني العرفَ في المادة (١٦)[٥] حينما جعلَ الوليَّ ركناً من أركان الزواج، لا يتمّ عقد النكاح إلاّ به، وذلك مراعاة لأعراف المجتمع العماني وعاداته، وأحال المشرِّع إلى العرف في بعض المواضع ليقوم بدور المعاون

---

(١) **القانون البحري العماني** رقم ١٩٨١/٣٥.

(٢) **القانون البحري العماني رقم ١٩٨١/٣٥.**

(٣) **قانون الأحوال الشخصية العماني**، رقم ١٩٩٧/٣٢.

(٤) **قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم: ٣٦/ ٢٠١٠.**

(٥) **قانون الأحوال الشخصية العماني رقم ٣٢/ ١٩٩٧.**

للتشريع، مثال: ما جاء في المادة (٤٤) "تشمل النفقة الطعام، والكسوة، والمسكن، والتطبيب، وكلَّ ما به مقومات حياة الإنسان، حسب العرف[١]"، فاعتبرَ العرف في المادة السابقة معياراً لما تقوم به حياة الإنسان، وبذلك يكون العرف مساعداً للقانون.

الخلاصة:

مكانة العرف في القوانين العمانية تتفاوت حسب فروع القانون المختلفة، أما من حيث كونه مصدراً فبعض القوانين يعتبره مصدراً ثانياً، كما في قانون التجارة، والبعض الآخر يجعله في المرتبة الرابعة كما في قانون المعاملات المدنية والقانون البحري، والبعض أشار إليه ضمنيّاً كقانون الأحوال الشخصية، وبعض القوانين لم تعتبره مصدراً لها كالنظام الأساسي وقانون الجزاء، ومن ناحية أخرى فالعرف يساعد التشريع، وكثيراً ما يُحيل القانون إليه، خاصة في القانون التجاري والقانون البحري، وقانون المعاملات المدنية وقانون الأحوال الشخصية وقانون الجزاء، أمّا النظام الأساسي فلم ترد فيه أيّة إحالة للعرف.

(١) قانون الأحوال الشخصية العماني رقم ٣٢/ ١٩٩٧.

الفصل الثاني

العُرف في قانون المعاملات المدنية العماني

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: العرف المفسر للقانون العماني. وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: معنى التفسير لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: العُرف المفسر للقانون.

المطلب الثالث: العُرف المفسر للعقد.

المطلب الرابع: الأشياء التي اعتبر فيها العرف مفسراً للعقد.

المطلب الخامس: قواعد العرف المفسّر.

المطلب السادس: تطبيقات العرف المفسِّر في المحاكم العمانية.

المبحث الثاني: العُرف المكمل للقانون العُماني، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العُرف المكمِّل للقانون والعقد.

المطلب الثاني: الأشياء التي يعتبر فيها العُرف مُكمِّلاً للعقد.

المطلب الثالث: قواعد العرف المكمل.

المبحث الثالث: العُرف معيارٌ للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مدى اعتبار العرف ضابطاً ومعياراً.

المطلب الثاني: الأشياء التي أعتبر فيها العُرف معياراً للعقد.

المطلب الثالث: قواعد العرف باعتباره معياراً.

المطلب الرابع: تطبيقات العُرف باعتباره معياراً في المحاكم العمانية.

المبحث الأول: العرف المفسر للقانون العُماني، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: معنى التفسير لغةً واصطلاحاً

تمهيد:

قبل الحديث عن معنى التفسير لا بُدَّ من الحديث عن معنى البيان؛ لعلاقته الوثيقة بالتفسير، يقول الصّالح في معرِض ذكره لهذه العلاقة:"... يهدي إلى ذلك ما يجده الباحث في معاني الألفاظ، وتحديد المصطلحات، من صادق النّسب بين البيان والتفسير" [١].

ويُعد التفسير وجهاً من وجوه البيان، يقول الشاشي: "البيان على سبعة أنواع: بيان تقريرٍ، وبيان تفسيرٍ، وبيان تغييرٍ، وبيان ضرورةٍ، وبيان حالٍ، وبيان عطفٍ، وبيان تبديلٍ[٢]" وهناك من يعدُّ أوجه البيان خمسة[٣]، والبعض عدَّها أربعة[٤]، إلاّ أنهم متفقون على أنّ التفسير وجه من وجوه البيان.

البيان في **اللغة:** الفصاحة والفهم والذكاء[٥]، ومنه قوله تعالى:﴿ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ﴾[٦]، قال الزمخشري في تفسيره للآية الكريمة:" البيان، هو المنطق الفصيح[٧]"، ويأتي بمعنى: الكشفِ،

(١) الصّالح، محمد أديب، **تفسير النصوص**، ط٥، م٢،ج١، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٢٩ﻫ/٢٠٠٨م، ص ٢٣.

(٢) الشاشي، علي أحمد محمد (ت: ٣٤٤)، **أصول الشاشي**، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧م، ١٤٢٨ﻫ، ص١٥٥.

(٣) السرخسي، محمد بن أحمد (ت:٤٩٠)، **أصول السرخسي**، ط٣،م٢، (تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني)،ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٣٦ﻫ/٢٠١٥م، ص٢٧. و البخاري، عبدالعزيز بن أحمد(ت:٧٣٠ﻫ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، ط٢، م٤،ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م، ص ١٦٠.

(٤) الدبوسي، عبيد الله بن عمر (ت:٤٣٠ﻫ)، **تقويم الأدلة في أصول الفقه**، ط١، (تحقيق: عدنان العلي)، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان،١٤٢٦ﻫ/٢٠٠٦م، ص٢٢٥.

(٥) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: بين، ج١٣، ص٦٩.و الرازي، **مختار الصحاح**، مادة: بين، ص ٧٣.

(٦) سورة الرحمن/ الآية: ٤.

(٧) الزمخشري، محمود بن عمرو بن أحمد،(٥٣٨ﻫ)، **الكشاف**، ط٣،م٤، ج ٤، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٧ﻫ، ص ٤٤٢.

والإيضاح، والإظهار[١]، ومنه قوله تعالى :﴿ فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ (١٨) ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ [٢]﴾ أي: كشفه وتوضيحه، قال البخاري في كشف الأسرار " إظهارُ معانيه، وأحكامه وشرائعه[٣]".

وقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ آيَاتٍ بَيِّنَاتٍ وَمَا يَكْفُرُ بِهَا إِلَّا الْفَاسِقُونَ[٤]﴾ أي: واضحات، وظاهرات.

البيان في **الاصطلاح:** إظهار المعنى، وإيضاحه للمخاطَب، منفصلاً عمَّا استتر به[٥]، وهذا التعريف قال به أكثر الأصوليين[٦]، وهو مشتق من المعنى اللغوي للبيان، ولم يخرج عن معاني الكشف والإظهار والإيضاح

البيان في **الاصطلاح:** إظهار المعنى، وإيضاحه للمخاطَب، منفصلاً عمَّا استتر به[٧]، وهذا التعريف قال به أكثر الأصوليين[٨]، وهو مشتق من المعنى اللغوي للبيان، ولم يخرج عن معاني الكشف والإظهار والإيضاح.

الفرع الأول: التفسير في اللغة:

فسر: الفَسْرُ: البيان، والإيضاح، وكشف المغطى، فسّرَ الشيء: بينه ووضّحه، وكشف عنه[٩]، جاء في لسان العرب "التَّفْسير كشف المراد عن اللفظ المشكل[١٠]"، ونلاحظ العلاقة بين معنى التفسير، ومعنى البيان في اللغة، وهذا يؤكد ما ذكره الفقهاء من اعتبار التفسير نوع من أنواع البيان.

---

(١) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: بين، ج١٣، ص٦٩.و الرازي، **مختار الصحاح**، مادة: بين، ص ٧٣.
(٢) سورة القيامة/ الآيتان: ١٨،١٩.
(٣) البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، ج٣، ص ١٥٩.
(٤) سورة البقرة / الآية: ٩٩.
(٥) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج٢، ص٢٦.
(٦) السرخسي، **المرجع السابق**، ج٢، ص٢٦.
(٧) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج٢، ص٢٦.
(٨) السرخسي، **المرجع السابق**، ج٢، ص٢٦.
(٩) ابن فارس، **مقاييس اللغة**، مادة: فسر، ج٤، ص٥٠٤.و ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: فسر، ج٥، ص٥٥.
(١٠) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: فسر، ج٥، ص٥٥.

الفرع الثاني: التفسير في الاصطلاح:

الحديث عن المعنى الاصطلاحي للتفسير يقودنا للحديث عن معانٍ أخرى هي: التأويل، والدلالة، إذ ورد ذكرها في المادة (٢) من قانون المعاملات المدنية العماني "يُرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله[١]"، فقد عطف المشرّع القانوني التفسيرَ والتأويلَ والدلالةَ على فهمِ النصّ، والعطف يقتضي المغايرة، وإلاّ ما فائدة ذكره إذا لم يكن لها معنى مغايراً للتفسير، ولابد من الإشارة إلى معاني هذه المصطلحات وذلك بعد معرفة معنى التفسير في الفقه والقانون.

أولاً: التفسير في الفقه الإسلامي:

التفسير: "هو بيان معاني الألفاظ ودِلالتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص[٢]"، وبيان التفسير: "هو بيان ما فيه من خفاء من المشترك والمجمل ونحوهما[٣]"، وبهذا المعنى نرى أنَّ معنى التفسير في الفقه لم يخرج عن المعنى اللغوي كما أنّه لم يخرج عن معنى بيان التفسير أو البيان بشكل عام، وهو الكشف والإيضاح والإظهار، فالكشف عن مرامي الألفاظ، وإظهار دلالتها وإيضاح معانيها كلّ ذلك من التفسير[٤].

ثانياً: التفسير في القانون الوضعي:

ذكر رجال القانون تعريفات مختلفة للتفسير، وذلك حسب نظرتهم لعملية التفسير وماهيتها، فهم فيه على أربعة اتجاهات[٥]، الاتجاه الأول: قَصر التفسير على التشريع[٦]، والثاني: مدّه إلى غير

---

(١) **قانون المعاملات المدنية** رقم ٢٠١٣/٢٩.

(٢) الصّالح، **تفسير النصوص**، ج١، ص٥٣.

(٣) البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، ج٣، ص ١٦٣.

(٤) البخاري، **كشف الأسرار**، ج١، ص٥٤.

(٥) السعدي، محمد صبري، **تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية**، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،١٣٩٩هـ/١٩٧٩م ص١٢-٢٣.

(٦) عرفه السنهوري وأبو ستيت بأنه :" توضيح ما أبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة"، السنهوري و أبو ستيت، **أصول القانون**، ص ٢٠٠.

التشريع[١]، و ثالث: بحث عن هدف القاعدة[٢]، أمّا الرابع: فبحث عن المعنى لتطبيق القاعدة[٣]، وهذه الاتجاهات جاءت ناقصة، فبعضها لم يذكر ماهية التفسير، والبعض الآخر لم يذكر موضوع التفسير، وبعضها لم يذكر طرق التفسير، وبعضها لم يذكر الهدف من التفسير، وبناءً عليه اختار الباحث التعريف الذي شمل ماهية التفسير، وموضوعه، وطرقه، وأهدافه: التفسير في القانون :" هو عملية ذهنية منطقية، تؤدِّي –باتباع القواعد العلمية– إلى تحقيق غرضه الذي يختلف باختلاف حالة النص، وذلك لاستنباط حكمه؛ لتطبيقه على الحالة الواقعية[٤] ونلاحظ أن هذا التعريف مستمد من جملة التعاريف التي ذكرها رجال القانون في هذا الشأن.

الفرع الثالث: معنى التأويل:

أولاً: في اللغة يأتي بمعنى: الرجوع والعاقبة، آل يؤول أي: رجع ، وتأويل الكلام عاقبتُهُ، ومنه قوله تعالى: ﴿هَلْ يَنْظُرُونَ إلاَّ تَأْوِيلَهُ﴾[٥]، أي: عاقبته وما يؤُولُ إليه [٦]، ويأتي بمعنى: تفسير الكلام[٧].

ثانياً: في الاصطلاح: ذكر الآمدي تعريف التأويل من حيث هو تأويل بغض النظر عن صحته وبطلانه فقال: "هو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه، مع احتماله له[٨]"، ثم ذكر تعريف التأويل الصحيح فقال:" هو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه، مع احتماله له بدليل

---

(١) عرفه الشرقاوي:" هو بيان مضمون قواعده بياناً واضحاً"، الشرقاوي، **دروس في أصول القانون**، ص١٧٨.

(٢) عرفه حجازي بأنه: " هو تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها "، حجازي، عبد الحي، **المدخل لدراسة العلوم القانونية**، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢م، ص٥١٠.

(٣) هذا التعريف ذكره صبري السعدي من مصدر أجنبي،:" البحث والتحري بهدف إيجاد المعنى الصحيح للقاعدة لتطبيقها بعد ذلك على الحالة الواقعية"، السعدي،، **تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية**،، ص٢٣.

(٤) **السعدي، المرجع السابق**، ص٢٨.

(٥) **سورة الأعراف/ الآية: ٥٣.**

(٦) ابن فارس، **مقاييس اللغة**، مادة: أول، ج١، ص١٥٩–١٦٢.

(٧) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: فسر، ج١١، ص٣٣.

(٨) الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج٢، ص٥٠.

يعضده[١]"، وعرّفه أبو زهرة بقوله:" هو إخراج اللفظ عن ظاهر معناه إلى معنى آخر يحتمله، وليس هو ظاهر فيه[٢]".

وهناك فرق بين التفسير والتأويل، والحديث عن هذا الموضوع يطول، نكتفي بذكر بعض أقوال المفسرين التي تبين هذا الفرق:

قال الماتريدي: "الفرق بين التفسير والتأويل هو ما قيل: التفسير للصحابة، رضي اللَّه عنهم، والتأويل للفقهاء، ومعنى ذلك: أنّ الصحابة شهدوا المشاهد، وعلموا الأمر الذي نزل فيه القرآن،... فالتفسير ذو وجه واحد، والتأويل ذو وجوه[٣]".

قال الراغب الأصفهاني:" التفسير أعمُّ من التأويل، وأكثرُ ما يستعمل التفسير في الألفاظ، والتأويل في المعاني والجمل، وأكثرُ مَا يُستعمل فِي الكتب الْإِلهية، وَالتفسير يستعمل فيها وفي غيرها[٤]"، قال ابن الجوزي نقلاً عن الفقهاء المتقدمين:" التفسير: إخراج الشيء من مقام الخفاء إلى مقام التّجلّي، والتأويل: نقل الكلام عن وضعه فيما يحتاج في إثباته إلى دليل لولاه ما تُرك ظاهر اللفظ[٥]"، وهذا الكلام في غاية البيان والوضوح حول الفرق بين التفسير والتأويل كما ذكر الخليلي في تفسيره[٦].

---

(١) الآمدي، **المرجع السابق**، ج٢، ص٥٠.

(٢) محمد أبو زهرة، **أصول الفقه**، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ص١٢٧.

(٣) الماتريدي، محمد بن محمد بن محمود،(ت: ٣٣٣هـ)، **تأويلات أهل السنة**، ط١،(تحقيق: د. مجدي باسلوم)، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٦ هـ/ ٢٠٠٥ م،ص٣٤٩.

(٤) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: ٩١١هـ)، **الإتقان في علوم القرآن**، د ط، (تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم)، ج٤، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٣٩٤هـ/ ١٩٧٤ م، ص١٩٢.

(٥) الجوزي، عبد الرحمن بن علي بن محمد،(ت: ٥٩٧هـ)، **زاد المسير في علم التفسير**، ط١، (تحقيق: عبد الرزاق المهدي)،ج١، دار الكتاب العربي، بيروت، ص١٢.

(٦) الخليلي، أحمد بن حمد، **جواهر التفسير**، ط١، ج١، مكتبة الاستقامة، روي، سلطنة عُمان، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ص١٧.

وقال القرطبي: "التفسير بيان اللفظ، كقوله ﴿ ذَلِكَ الْكِتَابُ لَا رَيْبَ فِيهِ [1]﴾، أي لا شك فيه، والتأويل بيان المعنى، كقوله لا ريب فيه عند المؤمنين[2]"، قال الخازن: "التفسير يتوقف على النقل المسموع والتأويل يتوقف على الفهم[3]"، وقَال أَبو طالب الثعلبِي: "التفسير بيان وضع اللفظ أمّا حقيقةً أَو مجَازاً، كتفسير الصِّراط بِالطريقِ، والصَّيب بِالمطر، والتأويل تفسير باطن اللفظ مأخوذ من الْأَول وهو الرجُوع لعاقبَة الأَمرِ، فالتأويل إخبار عن حقيقَة المراد، والتفسير إخبار عن دليل المراد[4]"، فالتفسير يبين حقيقة اللفظ من عدمه، والتأويل يبين المعنى المراد هذا أم ذاك[5].

وقال الألوسي: "التأويل إشارة قدسيَّة ومعارف سبحانية تتكشف من سُجُفِ العبارات للسالكين، وتنهل من سحب الغيب على قلوب العارفين، والتفسير غير ذلك[6]"، وعلّق الخليلي على تفريق الألوسي بقوله:" وهو في هذا ينطلق من نزعته الصوفية التي كثيراً ما لمسناها في تفسيره[7]".

الفرع الرابع: معنى الدّلالة:

أولاً: في اللغة تأتي بمعنى البيان والمعرفة، تقول دلّهُ على الشيء: سددهُ إليه، ودَللتُ بهذا الطريق: عرفته[8].

ثانياً: في الاصطلاح: عرفها الجرجاني بقوله: "الدّلالة هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر[9]"، وقد ذكر السيّابي تعريفاً للدّلالة نسبه لعلماء الأصول والبيان فقال: "الدّلالة فهم

---

(١) سورة البقرة/ الآية: ٢.

(٢) القرطبي، محمد بن أحمد، (ت: ٦٧١هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، ط٢،م١٠، (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش)، ج٤، دار الكتب المصرية، القاهرة،١٣٨٤هـ، ١٩٦٤ م، ص١٥-١٦.

(٣) الخازن، علي بن محمد بن إبراهيم، (ت: ٧٤١هـ)، **لباب التأويل في معاني التنزيل**، ط١، (تحقيق: تصحيح محمد علي شاهين)،ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥ هـ، ص١٢.

(٤) السيوطي، **الإتقان في علوم القرآن**، ج٤، ص١٩٣.

(٥) حسين حامد الصالح، **التأويل اللغوي في القرآن الكريم**، ط١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ص٢٤-٢٥.

(٦) الألوسي، محمود بن عبد الله، (ت: ١٢٧٠هـ)، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، ط١، م١٦، (تحقيق: علي عبد الباري عطية)، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥ هـ، ص٦.

(٧) الخليلي، **جواهر التفسير**، ج١، ص١٧.

(٨) ابن فارس، **مقاييس اللغة**، مادة: دل، ج٢، ص ٢٥٩.و ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: دلل، ج١١، ص٢٤٩.

(٩) الجرجاني، **التعريفات**، ص ١٣٩.

المعنى من اللفظ إذا أُطلق بالنسبة إلى العالم بالوضع[1]"، وشرح هذا التعريف فقال: "اللفظ هو الدليل، والمعنى هو المدلول عليه، والعالم بالوضع الآخذ بالدليل هو المستدِلُّ، وفهم المعنى من اللفظ هي الدلالة الوضعية اللفظية[2]".

يقول أبو زهرة: " إن ما تؤديه الألفاظ من معان هو دلالاتها، وهذه الدلالات تختلف طرقها فاللفظ الواحد يدل على معان متعددة بطرق مختلفة، وهي جميعها متلاقية غير متنافرة"[3].

هناك تقسيمان لطرق دلالة اللفظ على الحكم، أحدهما للحنفية والآخر للمتكلمين (الجمهور):

فالحنفية يقسمونها إلى أربعة هي: دلالة العبارة ودلالة الإشارة ودلالة النص ودلالة الاقتضاء.

أما الجمهور فيقسمونها إلى قسمين أساسيين هما: دلالة المنطوق ودلالة المفهوم، ثم يقسمون المنطوق إلى قسمين هما: الصريح، وغير صريح، وغير الصريح يحتوي على ثلاثة أنواع هي: دلالة الاقتضاء، ودلالة الإيماء ودلالة الإشارة، ويقسمون دلالة المفهوم إلى قسمين هما: مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة وفيه أنواع كثيرة منها: مفهوم الصفة، ومفهوم الشرط، ومفهوم الغاية، ومفهوم العدد[4].

والاختلاف بين الحنفية والجمهور هو في غالبه اصطلاحي ولا مشاحة فيه عدا مفهوم المخالفة الذي لا يعتبره الحنفية، أما بقية الدلالات الأربع فهي معتبرة عند الفريقين، فدلالة الإشارة ودلالة الاقتضاء محل اتفاق بين الفريقين، ودلالة النص عند الحنفية يقابله مفهوم الموافقة عند الجمهور، ودلالة العبارة عند الحنفية يقابلها المنطوق الصريح عند الجمهور[5].

---

(١) السيابي، خلفان بن جميل، **فصول الأصول**، ط٣، (تحقيق: سليم بن سالم آل ثاني)، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عُمان، مسقط، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م، ص ١٤٢.

(٢) السيابي، **المرجع السابق**، ص ١٤٢.

(٣) أبو زهرة، **أصول الفقه**، ص١٣٠.

(٤) الدبوسي، **تقويم الأدلة**، ص ١٣٩. والتفتازاني، **التلويح على التوضيح**، ج١، ص٢٤٢و٢٤٣. والشوكاني، محمد بن علي،(ت:١٢٥٠هـ)، **إرشاد الفحول إلى علم الأصول**، ط٤، (تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق)، دار الفكر، دمشق، بيروت، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، ص٥٨٧-٥٦٠٤. والصّالح، **تفسير النصوص**، ج١، ص٤٧٥-٤٩٥. و الزحيلي، **أصول الفقه**، ج١، ص٣٣٦-٣٥٣.

(٥) الصّالح، **المرجع السابق**، ج١، ص٤٩٦-٤٩٧.

وهذه التقسيمات لطرق الدلالة ذات أهمية كبيرة في تفسير النصوص وفهمها يقول أبو زهرة : " وهي ضابطة لطرق فهم بعض النصوص القرآنية والنبوية، والنصوص القانونية أياً كان موضوع هذه القوانين[١]".

المطلب الثاني: العُرف المفسّر للقانون:

تمهيد:

القانون يمثل نصوصاً وألفاظاً من وضع المشرّع القانوني، تحتاج إلى تفسير وتوضيح المراد منها؛ كي يُطبَّق القانون على الوقائع، يقول السعديّ: "العملية التفسيرية ضرورية في جميع حالات النص[٢]" يعني النص القانوني، وذكر ذلك في معرض ردِّه على من قال بعدم حاجة النصّ الواضح إلى تفسير[٣]، وقد اعتنى رجال القانون بهذا الجانب حيث ذكروا أنواع التفسير، ومدارسه، وحالاته، ووسائله، ومن أنواعه: الأعراف، والعادات[٤]، فالعُرف إذن وسيلةٌ من وسائل تفسير النصوص القانونية،

---

(١) أبو زهرة، **أصول الفقه**، ص١٣٠.

(٢) السعديّ، **تفسير النصوص في القانون والشريعة**، ص٣٣.

(٣) ذهب بعض رجال القانون إلى القول بعدم تفسير النص الواضح. السنهوري وابو ستيت، **أصول القانون**، ص٢٠٤.

(٤) أنواع التفسير: التشريعي، والفقهي، والقضائي، ومدارس التفسير: مدرسة الشرح على المتون، والمدرسة التاريخية، والمدرسة العلمية. وحالات النص: حالة وضوحه وحالة عدم وضوحه ووسائل التفسير : داخلية (دلالة ألفاظ النصوص وتراكيبها)، والخارجية(حكمة التشريع، الأعمال التحضيرية، والعادات والمصادر التاريخية). السنهوري وابو ستيت، **أصول القانون**، ص٢٠١-٢١٤، الشرقاوي، **دروس في أصول القانون**، ص١٧٩-١٨٩، مرقس، سليمان، **الوافي في شرح القانون المدني**، ط٦، ج١، د. ن، ١٩٨٧م، ص٣٢٩-٣٧٠.

يقول عبد الفتاح: "يُفسِّر العُرفُ التشريعَ فيما غَمَضَ من نصوصه[١]"، و للعُرف القدرة على الكشف عن مدلولات الألفاظ ومعانيها، يقول الزقا: "فالعُرفُ تولِده الحاجات المتجددة المتطورة، ثمَّ يكونُ نظامّا حاكماً تدور به، وعليه عَجلة المعاملات بين الناس، ويكشف عن معاني كلامهم ومراميه، ويرسِمُ حدودَ الحقوقِ والالتزامات، وينير محجَّة القضاء[٢]" والعُرف لا غنى عنه في تفسير النصوص الشرعية أو القانونية؛ لذلك كان محطَّ عناية الأصوليين واهتمامهم، يقول السريري:" ذلك أنّ رعاية العُرف في تفسير معاني الألفاظ أصلٌ من أصول تفسير النصوص[٣]"، وعلى المفسّر للقانون المدني، و خاصّة تلك القوانين التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لها أن يقف على كلام الأصوليين في مباحث ألفاظ اللغة ودلالاتها، يقول الشرقاوي: "وهذا ما نفعله أيضاً في تفسير النصوص المأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية، إذ نرجع إلى فقه هذه الشريعة؛ لتحديد المقصود بهذه النصوص، إذا غَمَضَ حكمها[٤]"، وهذا ما أحال إليه قانون المعاملات المدنية العماني تأسّياً بالقانون المدني الأردني[٥] والإماراتي[٦]، حيث جاء في المادة (٢) "يُرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله[٧].

وتبين هذه الإحالة أنّ الفقه الإسلامي وأصوله هو مصدر تاريخي لقانون المعاملات المدنية العماني، وعلى من أراد فهم نصوصه وتفسيرها فعليه بالرجوع إلى أصول الفقه الإسلامي لمعرفة قواعد التفسير، يقول الزحيلي: "إنَّ هذا العلم – أي أصول الفقه– بالتالي وسيلة لتطبيق الأحكام الشرعية، كما أنَّه أداة صالحة لفهم وتنفيذ القوانين الوضعية، مع الاستعانة بالنظرية العامة للقانون[٨]"، وجاء في المذكّرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني "رؤي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص١٩٧.

(٢) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٧٩.

(٣) السريري، أبي الطيب مولود، **القانون في تفسير النصوص**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ص٧٧.

(٤) الشرقاوي، **دروس في أصول القانون**، ص١٨٩.

(٥) **القانون المدني الأردني**، رقم (٦٣)، لسنة ١٩٧٦م، المادة (٣).

(٦) **قانون المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم (٥)، لسنة ١٩٨٥م، المادة (٢).

(٧) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٩، لسنة ٢٠١٣م.

(٨) الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج١، ص١٨.

ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله خصوصاً أنَّ أصول الفقه الإسلامي هو عبارة عن مبادئ التفسير، وقواعده حسب ما ارتضاه أئمة ذلك العلم، وقواعد اللغة العربية[١]"، والفقه الإسلامي وأصوله قد اعتبر العُرف، وبنى عليه الفقهاء الكثير من الأحكام، والأصوليون يجعلون العُرف مبحثاً من مباحث الأحكام، والعُرف له أثر كبير في دلالة الالفاظ وتفسيرها، وبما أنَّ القانون قد أحال تفسير النصوص إلى أصول الفقه، وأصول الفقه يعتبر العُرف في تفسير النصوص فإنَّ القانون يعتبر العُرف مفسّراً له، وبالتالي يأخذ العُرف الدور نفسه، فهو يخصص العام، ويقيد المطلق ويجعلُ الصريح كناية، أو العكس، وينقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز والعكس.

الفرع الأول: تخصيص النص العّام[٢] بالعرف[٣].

تخصيص العام عند الحنفية يعني قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل مقارن[٤]، وتخصيص العام عند الجمهور يعني إخراج بعض ما يتناوله لفظ العموم[٥] بدليل مُخرجٌ له عن دخوله تحت تناوله[٦].

---

(١) القضاة، عمار محمد، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني**، ط١، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٦هـ/ ٢٠١٥م، ص٢٨.

(٢) العام هو" اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد"، الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، (ت:٦٠٦هـ)، **المحصول في علم الاصول**، ط١، (تحقيق: عبدالقادر عطا)، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ص٢٩٤.

(٣) الحديث هنا عن العرف الصحيح الذي تنطبق عليه شروط العرف التي وضعها فقهاء الشريعة والقانون، والتي جاء بيانها في الفصل الأول من الرسالة.

(٤) عبد العزيز البخاري، **كشف الأسرار**،ج١، ص٤٤٨.

(٥) الجويني، عبدالملك بن عبد الله، (ت|:٤٧٨)، **البرهان في أصول الفقه**، ط١، (تحقيق: صلاح محمد عويضة)، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ص٢٥٧.و السبكي، علي بن عبد الكافي، ت: ٧٧١، **الإبهاج في شرح المنهاج**، ط١، (تحقيق: محمود أمين السيد)، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م، ص٩٠.

(٦) السالمي، عبد الله بين حميد، (ت:١٣٣٢هـ)، **طلعة الشمس**، (تحقيق: عمر القيّام)، ج١، مكتبة الإمام السالمي، بدية، سلطنة عمان، ٢٠١٠م، ج١، ص٢٩٣.

ومن خلال تعريف الحنفية يتبيّن لنا أنَّ التخصيص عندهم يُشترط فيه أنْ يكونَ بدليلٍ مستقلٍّ مقارن، ومن تلك المخصصات العُرف، يقول الأسنوي: "اعلم أنَّ تخصيص العام ونحوه، كتقييد المطلق، قد يكون باللفظ، وقد يكون بغيره، فغير اللفظ ثلاثة أشياء: النية، والعُرف الشرعي، والعُرف الاستعمالي[1]"، بينما عند الجمهور فإن المخصِّصَات قسمان: مستقلة ومنها (الحس، والعقل، والعُرف)[2]، وغير مستقلة ومنها (الاستثناء المتصل، والصفة، والشرط، و الغاية)[3].

أولاً: العُرف القولي:

جمهور الفقهاء والأصوليين من (الحنفية[4]، والمالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]، والإباضية[8])، على أنَّ العُرف القولي يخصِّص عموم الشارع، والعُرف القولي الذي يخصِّص ألفاظ الشارع هو اللفظ الذي يكثرُ استعماله بين الناس في معنى مخصوص، إلى درجة أنَّه يتبادر إلى أذهانهم بمجرد سماعه من دون قرينة ولا علاقة عقلية[9]، وعلى هذا عرّفه ابن أمير الحاج بقوله: "تخصيص العام (بالعُرف القولي) وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه

(١) الأسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، (ت: ٧٧٢هـ)، **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**، ط٢، (تحقيق: محمد حسن اسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م، ص٤٧١.

(٢) الصالح، **تفسير النصوص**، ج٢، ص٨٤-٨٦.

(٣) السالمي، **طلعة الشمس**، ج١، ص ٢٩٥.

(٤) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج١، ص٢٨٢.

(٥) القرافي، أحمد بن إدريس، (ت: ٦٨٤هـ)، **الفروق**، ط١، (تحقيق: خليل المنصور)، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، ص٣١٨.

(٦) الغزالي، **المستصفى** ، ص٣٣٨.

(٧) ابن رجب، عبدالرحمن بن أحمد الحنبلي، (٧٩٥هـ)، **القواعد الفقهية**، ط١، (تحقيق: محمد علي البنّا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ص٣٣٤.

(٨) السالمي، **طلعة الشمس**، ج١، ص٤٠٣.

(٩) يقول الزرقا:" فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو من قبيل المجاز"، الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٧٦.

إلَّا ذَاكَ المعنى[1]"، و يقول علي حيدر: "العُرف القولي: هو اصطلاح جماعةٍ على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه [2]".

فإذا كان الاسم عامّاً في وضع اللغة، فإنّ للعرف سلطاناً في تخصيصه ببعض أفراده، وحصر الرازي تصرفات أهل العُرف في أمرين: أحدهما: أنْ يخصّص أهلُ العُرف الاسم ببعض مسمياته[3]، ويقول ابن رجب: "تخصيص العموم بالعُرف وله صورتان: أحدهما أنْ يكون قد غلب استعمال الاسم العام في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية، وهذا يخصّص به العموم بغير خلاف[4]"، ومن الأمثلة على تخصيص عموم الشارع بالعُرف القولي أمور منها:

١- لفظ الدابة: قال تعالى:﴿ وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا [5]﴾، هو في أصل اللغة لفظ عام موضوع لكل ما يدبّ على الأرض، ولكن خُصّص باستعمال الناس له في ذات الأربع أو ذات الحوافر، فأصبح هذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عند سماعه.

٢- لفظ الولد: قال تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ[6]﴾، فالولد في وضع اللغة يطلق على الذكر والأنّثى، ولكن جرى العُرف لدى الناس بتخصيص لفظ الولد وقصره على الذكر دون الأنّثى، فلو أوصى رجل بثلث ماله لولد صديقه، وكان عند صديقه ذكر وأنثى، فالمال يعطى الولد الذكر دون الأنّثى.

٣- لفظ السيارة: قال تعالى: ﴿ وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ [7]﴾، قال ابن منظور:"السَّيَّارَةُ: القافلة. والسَّيَّارَةُ: القوم يسيرون"[8]، وقال الرازي:" السيارة الجماعة الذين يسيرون في الطريق للسفر[1]"، وجرى

---

(١) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج١، ص٢٨٢.
عدد الأجزاء: ٣

(٢) علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٤١.

(٣) الرازي، **المحصول في علم الأصول**، ج١، ص١٠٢-١٠٣.

(٤) ابن رجب، **القواعد الفقهية**، ص٣٣٤.

(٥) **سورة هود/ الآية:** ٦.

(٦) **سورة النساء/ الآية:** ١١.

(٧) **سورة يوسف/ الآية:** ١٩.

(٨) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: سير، ج ٤، ص ٣٨٩.

العُرف في هذا الزمان على تخصيص اسم السيارة بالمركبة التي نستخدمها الأنّ للتنقل من مكان إلى آخر براً، فلو حلف شخصٌ بأنْ لا يركب سيارة وركب حصان أو جمل فإنّه لا يحنث.

ثانياً: العُرف العملي:

في تخصيصه لعموم الشارع فيه خلاف، فالجمهور (الشافعية[٢] والحنابلة[٣] و الإباضية[٤]) يقولون: إنّه لا يخصّص العام، فإذا كان اللفظ الشرعي ورد عامّاً وكان هناك عرف عملي فإنَّ اللفظ يبقى على عمومه ولا يخصصه العُرف أو العادة، قال القرافي: "وأمّا العُرف الفعلي فمعناه، أنْ يوضع[٥] اللفظ لمعنى يكثر استعمال أهل العُرف لبعض أنواع ذلك المسمى دون بقية أنواعه، مثاله أنَّ لفظ الثوب صادقٌ لغةً على ثياب الكتان والقطن والحرير والوبر والشعر، وأهل العُرف إنّما يستعملون من الثياب الثلاثة الأول دون الأخيرين[٦]"، قال: أبو المظفّر: "وأمّا التخصيص بالعادة والعُرف فقد قال: أصحابنا لأنّ الشرع لم يوضع على العادة، وإنّما وضع في قول بعض أصحابنا على المصلحة، وفي قولنا على ما أراد الله تعالى، ولا معنى للرجوع إلى العادة في شيء من ذلك[٧]"، و يقول أبو الخطاب الحنبلي : "لا يجوز تخصيص العموم بالعادات، نحو أنْ يكون عادة الناس شرب بعض الدماء، ثم يحرِّم الله تعالى الدماء بكلام يعمها، فإنَّه لا يخصّص هذا العموم بالعادة، بل يجبُ تحريم ما جرت به

---

(١) الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، (ت:٦٠٦هـ)، **تفسير الرازي**، ط٣،ج١٨، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ، ص ٤٢٥.

(٢) ابن برهان، أحمد بن علي، (ت:٥١٨هـ)، **الوصول إلى علم الأصول**، ط٢، (تحقيق: د. عبد الحميد علي أبو زنيدة)، ج١، دار الفاروق، عمّان، الأردن، ١٤٣٨هـ/٢٠١٧م، ص٣٠٢.

(٣) ابن تيمية، عبد السلام بن تيمية (ت: ٦٥٢هـ)، **المسودة في أصول الفقه**، د ط، (تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد)، دار الكتاب العربي، د. ن، تاريخ، ص١٢٣.

(٤) السالمي، **طلعة الشمس**، ج١، ص٣٢٠.

(٥) الوضع: جعل اللفظ دليل على المعنى، الأسنوي، **التمهيد**، ص٢٥٤.

(٦) القرافي، **الفروق**، ج١، ص٣١٧.

(٧) المرُوزي، أبو المظفر السمعاني، (ت: ٤٨٩هـ)، **القواطع في أصول الفقه**، ط١، (تحقيق: صالح سهيل علي حمودة)، ج١، دار الفاروق، عمّان، الأردن، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، ص٣٠٤.

العادة [١]"، وقال السالمي: "كذلك العادة لا تخصّص، وقال قوم إنَّها تخصّص، أي: إذا ورد الدليل الشرعي عامّاً، فلا يصح تخصيصه بعادة المخاطبين[٢]"، وعلّل الزركشي عدم تخصيص العام بالعُرف الفعلي بقوله:" لأنّه ليس عُرفاً لها فلا يكون له سلطان عليها، بل سلطانه على الأفعال[٣]".

وأمّا (الحنفية[٤] وجمهور [٥] المالكية[٦]) فقالوا بأنّه يخصّص العام، فإذا جاء لفظ الشارع عامّاً وكان عرف الناس العملي يقتصر على بعض أفراد ذلك العام فالعُرف هنا يخصّص عموم الشارع، يقول ابن أمير الحاج: "العُرف العملي لقوم مخصّص للعام الواقع في مخاطباتهم وتخاطبهم، عند الحنفية دون المالكية، كحرمة الطعام وعادتهم -أي المخاطبين- أكلُ البر انصرف الطعام إليه[٧]"، جاء في حاشية الدسوقي: "وذكر ابن عبد السلام أنَّ ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العُرف وإنْ كان فعلياً، ونقل الوانُّوغي عن الباجي أنّه صرّح بأنّ العُرف يعتبر مخصّصاً ومقيداً[٨]"، ورجّح هذا القول بعض المعاصرين[٩]، ومن الأمثلة على ذلك:

---

(١) ابو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن،(ت: ٥١٠هـ)، **التمهيد في أصول الفقه**، ط١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م، ص٢٠٤.

(٢) السالمي، طلعة الشمس، ج١، ص٣٢٠.

(٣) الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج٢ص١٢٠.

(٤) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج١، ص٢٨٢.

(٥) خالف القرافي جمهور المالكية و قال :" العرف الفعلي لا يؤثر في اللفظ اللغوي، تخصيصاً، ولا تقييداً، ولا إبطالاً؛ لعدم معارضة الفعل"، القرافي، **الفروق**، ج١، ص٣١٨.

(٦) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، (ت:١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د.ن. ط، ج٢، دار الفكر، د.ن، تاريخ، ص١٤٠.

(٧) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج١، ص٢٨٢.

(٨) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٢، ص١٤٠.

(٩) رجح أبو سنة القول بتخصيص عموم الشارع بالعرف العملي فقال" فالقول بالتخصيص-أي بالعرف العملي- هو الذي يناسب قصد الشارع من وضع اللغة للإفهام...وهذا إنما يكون باتباع معهود جمهور العرب الذين وصفهم الرسول صلى الله عليه وسلم بالأمية، ومراعات عرفهم في الألفاظ والمعاني، والأساليب... فكما أن لسان بعض الأعاجم لا يمكن أن يفهم من جهة العرب، فكذلك لسان العرب، لا يمكن أن يفهم، إلاّ من جهة المألوف لهم والمتبادر من الكلام"، أبو سنة، **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، ص ٩٣.، وأختاره محمد أديب الصّالح، **تفسير النصوص**، ج٢، ص٧٩.

١- لو جاء لفظ الشارع بحرمة أكل الطعام، وكان عرف الناس العملي أنّهم يأكلون الأرز، فعموم الشرع في لفظ الطعام يخصّص بالأرز، فتقصر الحرمة على الأرز دون الشعير أو العدس أو غيرها من الأطعمة.

٢- لفظ الوالدات في قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ [(١)]﴾، فلّفظ الوالدات عامّ، وجرى العُرف العملي أنَّ المرأة الشريفة رفيعة القدر لا تُرضع ولدها إلاّ إذا كان لا يقبل ثدي غيرها، فكانَ العُرف العملي هنا مخصّص للفظ الوالدات فهو قاصر على غير الشريفة الرفيعة، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك[(٢)].

أخذ قانون المعاملات المدنية العماني بقول الحنفية وجمهور المالكية بتخصيص العام بالعُرف العملي، ولعلّ السبب في ذلك يرجِع إلى تأثره بالقانون المدني الأردني، الذي يعتبر مجلَّة الأحكام العدلية التي وضِعت وفق المذهب الحنفي مصدراً تاريخياً له[(٣)].

أمثلة على تخصيص العام بالعُرف في القانون:

١- الآلات والأدوات التي يأتي بها المقاول: الأصل أنَّ المقاول يأتي بكل ما يحتاج إليه من آلات وأدوات إضافية للبناء كالمناشير والمسامير والأخشاب والحديد الذي يُرفع به السقف وأدوات الصبغ وغيرها على نفقته، إلاّ أنّه قد يجري عرف الناس العملي على بعض تلك الآلات والأدوات على صاحب العمل، فيكون العُرف العملي مخصّص لهذا العموم، وهذا ما جاء في المادة(٦٣٠) من قانون المعاملات المدنية العماني والمادة (٧٨٤) مدني أردني، التي تنص على الآتي: "على المقاول أنْ يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته ما لم يقضي الاتفاق أو العُرف بغير ذلك[(٤)]".

---

(١) سورة البقرة/ الآية:٢٣٣.

(٢) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ص٢٧٥.و الصّالح، **تفسير النصوص**، ج٢، ص٧٨.
الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م

(٣) استانبولي، محمد، وبطرس، دورين، و أبو قاعود، منير، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، المكتب الفني، نقابة المحامين، عمّان، ٢٠١٥، ج١، ص١٨.

(٤) **القانون المدني الأردني**، رقم (١٩٧٦/٦٣).، **وقانون المعاملات المدنية العماني**، رقم (٢٠١٣/٢٩).

٢- كسوة العامل: لفظٌ عامٌ قد تكون على العامل نفسه وقد تكون على صاحب العمل، وقد يتعارف الناس في عملهم على أنَّ كسوة العامل في بعض الأعمال تكون على صاحب العمل، وبذلك يكون العُرف الفعلي قد خصّص هذا العموم، وهذا ما نصّت عليه المادة (٦٦٦) من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة (٨٢٤) مدني أردني، "على صاحب العمل كسوة العامل وإطعامه وسكناه إذا جرى العُرف أو اقتضت طبيعة العمل ذلك[١]"، ولم ينصّ القانون الأردني على لفظ السكنى، ولعل ذلك راجع إلى اختلاف أعراف البلدين فيما يخص توفير السكن للعمال من قبل صاحب العمل في بعض الأعمال كعمّال المزارع في عُمان.

الفرع الثاني: تقييد المطلق بالعرف:

المطلق ما دلّ على شائع في جنسه[٢]، وقيل هو ما دلَّ على الماهيّة بلا قيد من حيث هي هي[٣]، وقيل هو اللفظ الدّال على الماهية بدون قيد يقلل من شيوعه[٤].

والمقيد ما يدلّ لا على شائع في جنسه[٥]، وقيل هو اللفظ الدّالُّ على الماهية بقيدٍ يقلّل من شيوعه[٦].

يحمل لفظ الشارع المطلق على شيوعه، ولا يصحُّ تقليل شيوعه، إذ لو أراد الشارع التقييد لفَعل ذلك، ويجوز تقييد لفظ الشارع بدليل، وهذا ما نصت عليه مجلَّة الأحكام العدلية في المادة(٦٤): "المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصّاً أو دلالة[٧]"، وقد نصّ على هذه المادة القانون

---

(١) **القانون المدني الأردني**، رقم (١٩٧٦/٦٣).. **وقانون المعاملات المدنية العماني**، رقم (٢٠١٣/٢٩).

(٢) الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج٣، ص٥.، والشوكاني، إرشاد الفحول إلى علم الأصول، ص٥٤٠. والسالمي، **طلعة الشمس**، ج١، ص١٨٣.

(٣) الرازي، **المحصول**، ج١، ص٢٩٦.و الزركشي، **البحر المحيط**، ج٣، ص٣.

(٤) الصالح، **تفسير النصوص**، ج٢، ص١٥٩.

(٥) الشوكاني، **إرشاد الفحول**، ص٥٤١.و السالمي، **طلعة الشمس**، ج١، ص١٨٤.

(٦) الشوكاني، **المرجع السابق**، ص ٥٤١. والصّالح، **تفسير النصوص**، ج٢ ص١٦١.

(٧) **مجلة الأحكام العدلية**، ط١، دار الثقافة، عمّان الأردن، ١٩٩٩م، ص١٣.

المدني الأردني في المادة(٢١٨)[١] والإماراتي في المادة(٢٦٢)[٢]، ولم ينص قانون المعاملات المدنية العماني عليها مع أهميتها في حلِّ الكثير من القضايا، وقد قرّر الفقهاء والأصوليون أنَّ كلّ ما جاز به تخصيص العام جاز به تقيد المطلق[٣]، يقول الآمدي: "فكلُّ ما ذكرناه في مخصّصات العموم من المتفق عليه والمختلف فيه، والمزيف، والمختار، فهو بعينه جارٍ في تقييد المطلق[٤]"، ونقل الزركشي قول ابن برهان: "كل دليل يجوز تخصيص العموم به يجوز تقييد المطلق به[٥]"، ومن ذلك التقييد بالعُرف، يقولُ الأسنوي: "اعلم أنّ تخصيص العام ونحوه كتقييد المطلق، قد يكون باللفظ، وقد يكون بغيره، فغير اللفظ ثلاثة أشياء، النية، والعُرف الشرعي، والعُرف الاستعمالي[٦]"، فالخلاف الوارد هناك وارد هنا حول تقييد اللفظ بالعُرف القولي والعملي، ومن قال بعدم التخصيص بالعُرف العملي قال بعدم تقييد المطلق به، يقول القرافي: "العُرف الفعلي لا يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصاً ولا تقييداً[٧]"، ومن قال بتخصيص العادة قال بتقييدها للفظ، يقول صاحب كشف الأسرار:" المطلق يتقيد بدلالة العادة[٨]"، ومن الأمثلة على ذلك:

١- لفظ الريال: فهو مطلق يشمل الريال العماني والسعودي وغيرها، وعرف البلد هو من يقيد نوع النقد، فإذا كان في عمان يُحمل على الريال العماني وإذا كان في السعودية يحمل على الريال السعودي.

٢- الوكالة المطلقة في البيع: تتقيّد بالعُرف في الثمن إذا لم يحدّد أو في البيع نقداً أو نسيئة، أو في الوقت، بحيث لا يضرُّ التصرف بالموكل، يقول ابن قدمة: "ولا يملك الوكيل من التصرف إلَّا ما يقتضيه إذن موكله، من جهة النطق، أو من جهة العُرف؛ لأنّ تصرّفه بالإذن، فأختص بما أُذِن فيه، والإذن يُعرف بالنطق تارة وبالعُرف أخرى، ولو وكلَ رجلاً في التصرف في زمن مقيّد، لم

---

(١) **القانون المدني الأردني**، (١٣/١٩٧٦).

(٢) **قانون المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم ٥/١٩٨٥.

(٣) السيد صالح عوض، **أثر العرف في التشريع**، ص٣٦٧.

(٤) الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج٢، ص٦.

(٥) الزركشي، **البحر المحيط**، ج٣، ص١١.

(٦) الأسنوي، **التمهيد في تخريج الأصول على الفروع**، ص٤٧١.

(٧) القرافي، **الفروق**، ج١، ص٣١٨.

(٨) عبدالعزيز البخاري، **كشف الأسرار**، ج٢، ص١٠٣.

يملك التصرف قبله ولا بعده؛ لأنّه لم يتناوله إذنه مطلقاً ولا عرفاً[١]"، وهذا ما نصّت علية المادة (٨٥٤) من القانون المدني الأردني "إذا كان الوكيل بالبيع غير مقيّد بالبيع نقداً فله أن يبيع مال موكّله نقداً أو نسيئةً حسب العُرف[٢]".

الفرع الثالث: حمل اللفظ الكنائي مكان اللفظ الصريح بالعرف.

الصريح: اللفظ الذي ظهرَ المراد منه ظهوراً بيّناً زائداً بكثرة الاستعمال، سواءً كان حقيقة أو مجازاً[٣]، وقيل: اللفظ الموضوع لمعنى لا يُفهم منه غيره عند الإطلاق[٤]، أمّا الكناية فهي ما استتر المراد منه في نفسه، سواءً كان حقيقة أو مجازاً[٥].

قسم الأصوليون اللفظ بحسب استعماله إلى صريح وكناية، والأصل في الكلام الصريح، يقول السرخسي: "الأصل في الكلام الصريح؛ لأنّه موضوع للإفهام، والصريح هو التّام في هذا المراد، فإنَّ الكناية فيه قصور باعتبار الاشتباه فيما هو مراد[٦]"، وهذا ما عبَّر عنه القرافي حيث قال: "صحّ من الحاكم اعتماده على المضارع في الشهادة؛ لأنّه موضوع له صريح، والاعتماد على الصريح هو الأصل، ولا يجوز الاعتماد على غير الصريح؛ لعدم تعين المراد منه[٧]"، فاللَّفظ عند الوضع لا يُوصف بالصريح ولا بالكناية، يقول عبدالعزيز البخاري: "فكما أنّ الألفاظ الموضوعة لا تكون حقيقة قبل الاستعمال لا تكون هذه الألفاظ كنايات قبل الاستعمال[٨]، إنّ كثرة الاستعمال أو العُرف بهما تتحدد

---

(١) ابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص٩٥.

(٢) القانون المدني الأردني، (١٣/١٩٧٦).

(٣) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج١، ص١٨٧. وعبد العزيز البخاري، **كشف الأسرار**، ج١، ص١٠٢. و التفتازاني، **التلويح على التوضيح**، ج١، ص١٣١. و السهالوي، عبدالعلي محمد نظام الدين، (ت:١٢٢٥هـ)، **فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت**، ط١، (تحقيق: عبدالله محمود محمد عمر)، ج١، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م، ص١٩٨.

(٤) السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر،(ت: ٩١١هـ)، **الأشباه والنظائر**، ط١، (تحقيق: كمال بن السيد سالم)، ج٢، المكتبة التوفيقية، ٢٠١٢م، ص١١٩.

(٥) السرخسي، **المرجع السابق**، ج١، ص١٨٧. والتفتازاني، **المرجع السابق**، ج١، ص١٣١.و السهالوي، **المرجع السابق**، ج١، ص١٩٩.

(٦) السرخسي، **المرجع السابق**، ج١، ص١٨٩.

(٧) القرافي، **الفروق**، ج٤، ص١٣٣.

(٨) عبد العزيز البخاري، **كشف الأسرار**، ج١، ص١٠٤.

صفة اللَّفظ، صريح أم كناية، فاللفظ عندما يُستعمل في معنى معين ويكثر استعمال الناس له في ذلك المعنى حتّى يُصبح متبادراً إلى أذهانهم ولا يحتاجون أنْ يسألوا عن معناه فذلك هو الصريح، يقول الزيلعي: "فالصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيّناً حتى صار مكشوف المراد، بحيث يسبق إلى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كانَ أو مجاز[١]".

إن غلبة الاستعمال للفظ في معناه حقيقة أو مجازاً[٢] يكشف المراد به، بحيث لا يحتمل معناً آخر، يقول القرافي: "إذا كان اللّفظ يدلّ على معنى لا يحتمل غيره إلاّ على وجه البعد فهو صريح[٣]"، وقال الشلبي: "والصريح ما كان ظاهر المراد منه لغلبة الاستعمال[٤]"، وهذا ما بينه الزركشي في القواعد: "فإنّ الصريح ما يتكرر على الشيوع، أمّا في عُرف الشرع أو عرف اللسان[٥]".

استعمال الناس للفظ آخر قد يقلُّ لدرجة أنّ السامع لا يتبادر في ذهنه معناه، لكونه يحتمل عدة احتمالات، فيبقى المعنى مستتراً لا يفهم المراد منه إلا بنية أو قرينة سواء كان قصد المتكلم استتاره أم لا، جاء في حاشية الشلبي: "والكناية ما كان مستتر المراد، فيحتاج فيه إلى نيّة... والكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه[٦]".

الفرق بين الصريح والكناية، أنَّ الأول لا يحتاج إلى نيّة لمعرفة المراد منه والثاني يحتاج إلى النية للكشف عن المعنى، يقول البابرتي: "والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقِر إلى النية[٧]"، وهذا ما جاء في شرح التلويح يقول التفتازاني: "فالصريح لا يحتاج إلى النية، بمعنى أنَّ الحُكم الشرعي يتعلّق

---

(١) الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن، (ت: ٧٤٣ هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ**، الحاشية: الشِّلْبِيُّ أحمد بن محمد بن أحمد (ت: ١٠٢١ هـ)، ط١، ج٢، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، ١٣١٣ هـ، ص١٩٧.

(٢) وقد بين صاحب التنقيح في أصول الفقه كيف يكون الصريح حقيقة أو مجاز، فقال:" الحقيقة والمجاز إن كان في نفسه بحيث لا يستتر المراد فصريح، وإلا فكناية، والحقيقة التي لم تهجر صريح والتي هجرت وغلب معناها المجازي كناية، والمجاز الغالب الاستعمال صريح وغير الغالب كناية"، التفتازاني، **التلويح على التوضيح** ، ج١، ص١٣١.

(٣) القرافي، **الفروق**، ج٣، ص٢٨٤.

(٤) الزيلعي، **المرجع السابق**، ج٢، ص١٩٧.

(٥) الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج٢، ص٢٤١.

(٦) الزيلعي، المرجع السابق، ج١، ص١٩٧و ص٢١٤.

(٧) البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، (ت: ٧٨٦هـ)، **العناية شرح الهداية**، د. ط، ج٤،دار الفكر، ص٥.

بنفس الكلام، أراده أو لم يرده... والكناية تحتاج إلى النيّة أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال، ليزول ما فيها من استتار المراد والتردد فيه"[١]، يقول الزركشي:" الصرائح تعمل بنفسها من غير استدعاء"[٢]

وعلى ذلك فإن كثرة الاستعمال تؤدي إلى اشتهار اللفظ؛ ما يجعله واضح الدلالة منكشف المعنى، ويعتبر العُرف من الطرق التي يشتهر بها اللفظ، فقد يستعمل الناس للفظ في معنى معين بكثرة، حتّى يصبِحُ معنى ذلك اللفظ واضحاً وعندها يصبح صريحاً في بيان المراد منه، وقد يقلّ استعمال الناس للفظ حتّى يصبح غير واضح المراد منه ويحتاج إلى نيّة أو بيان من المتكلم عند التلفظ به فيكون كناية؛ وبهذا يؤثر العُرف في تحديد ما هو صريح وما هو كناية من الألفاظ، فقد يجعل الصريح كناية والعكس صحيح[٣]، وهذا ما دلّت عليه عبارات الفقهاء والأصوليين، يقول الشاطبي: "والحكم ايضا يتنزل على ما هو معتاد فيه، بالنسبة إلى من اعتاده دون من لم يعتده، وهذا المعنى يجري كثيراً في الأَيمَان والعقود والطلاق، كنايةً وتصريحاً[٤]"، ويقول القرافي في الفروق: "فمهما تجدّد في العُرف اعتبره، ومهما سقط اسقطه... والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضين، وعلى هذه القاعدة تخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح، والكنايات، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النّية، وقد تصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية[٥]"، وقال ابن فرحون: "لفظُ الحرام ينبغي أنْ يدورَ لفظ الفتيا فيها وفي أخواتها، مع اشتهارها في العُرف وجوداً، وعدماً، ففي أيِّ شيء اشتهرت حُمِلت عليه بغير نيّة، ومالم يشتهر فيه لم يُحمل عليه إلاّ بنيَّة، ولا يكتفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك... بل الاشتهار أنْ يكون أهل ذلك المصر لا يفهمون عند الاطلاق إلا ذلك المعنى، لا من لفظ الفقهاء، بل استعمالهم هم لذلك اللفظ في ذلك المعنى، فهذا هو الاشتهار المفيد لنقل اللفظ من اللغة للعرف[٦]"، وقال الكمال بن الهمام: "والعُرف هو الموجب

(١) التفتازاني، **شرح التلويح**، ج١، ص٢٢٨.
(٢) الزركشي، **المرجع السابق**، ج٢، ص٦٣.
(٣) القرالة، أحمد ياسين، بحث: **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، **المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية**، المجلد الثالث، العدد(١)، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧، ص٢٠٣.
(٤) الشاطبي، **الموافقات**، ج٢، ص٢١٦.
(٥) القرافي، **الفروق**، ج١، ص٣٢٢-٣٢٣.
(٦) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج٢، ص٧٥.

لثبوت الصراحة [1]"، وجاء في حاشية ابن عابدين، "(سرّحتك) كناية لكنه في عرف الفرس غلب استعماله في الصريح، فإذا قال: "رهاكردم" أي سرحتك، يقع به الرجعي، مع أنَّ الأصل كناية أيضاً، وما ذاك إلَّا لأنّه غلب في عرف الفرس استعماله في الطلاق [2]".

الخلاصة: أنَّ العُرف هو المحتكم إليه في بيان الصريح والكناية من الألفاظ، وعليه تُحمل ألفاظ البيع والطلاق وغيرها من ألفاظ العقود والتصرفات، فما اشتهر في العُرف صريحاً ترتب عليه أثره من دون الحاجة إلى نيَّة، و مالم يشتهر بأنَّه صريح لم يترتب عليه أثر حتّى يتبين المراد منه[3].

الفرع الرابع: نقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز بالعرف:

يُقصد بالحقيقة اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً لغة أو شرعاً أو عرفاً [4]، وزاد البعض قيد: (في اصطلاح التخاطب)[5].

أمّا المجاز فهو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له مع قرينة[6].

قسم الفقهاء والأصوليون الحقيقة إلى ثلاثة أقسام: اللُّغويّة والشرعية والعُرفية[7]، واللفظ بعد الوضع، يتحدد بالاستعمال، يقول الآمدي: "الألفاظ الموضوعة أولاً في ابتداء الوضع في اللغة لا توصف بكونها حقيقة أو مجازاً... وإنما تصير حقيقةً ومجازاً باستعماله بعد ذلك [8]"، والحقيقة هي الأصل، يقول الرازي:" إجماع الكل على أنَّ الأصل في الكلام الحقيقة [9]"، وهذا ما قاله صاحب كشف

---

(١) الكمال ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت: ٨٦١هـ)، **فتح القدير**، د. ط، ج٤، دار الفكر، د.ت، ص٢٠٩.

(٢) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ت: ١٢٥٢هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، ط٣، دار الفكر- بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج٣، ص٢٩٩.

(٣) السيد صالح عوض، **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، ص٢٨٣.

(٤) السمعاني، **القواطع**، ج١، ص٤١٣.والآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج١، ص٢٦. و الزركشي، **البحر المحيط**،، ج١، ص٥١٣. والشوكاني، **إرشاد الفحول**، ص١٠٦. والسالمي، **طلعة الشمس**، ج١، ٣٧٧.

(٥) السبكي، **الإبهاج في شرح المنهاج**، ج١، ص٢٠٧.

(٦) الشوكاني، **المرجع السابق**، ص١٠٧. والسالمي، **المرجع السابق**، ج١، ص٣٨٦.

(٧) السمعاني، **المرجع السابق**، ج١، ص٤١٤. و الزركشي، **المرجع السابق**، ج١، ص٥١٤.

(٨) الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج١، ص٣٢.

(٩) الرازي، **المحصول في علم الأصول**، ج١، ص١٢٨.

الأسرار: " الأصل في الكلام هو الحقيقة؛ لأنّ الألفاظ وضعت دلالات على المعاني[١]"، فقد يكون اللفظ موضوعاً ابتداءً في اللغة لمعنى معين ثم يستعمل الناس ذلك اللفظ في معنى آخر غير الموضوع له، حتى يصبح ذلك المعنى الجديد هو المتعارف والمتبادر، وتنشأ به حقيقة جديدة تسمى الحقيقة العُرفية، والتي عرّفها السمعاني: " ما انتقل عن بابه بعرف الاستعمال، وغلبته عليه[٢]"، وعرفها الرازي في المحصول بقوله:" هي التي انتقلت عن مسماها إلى غيره بعرف الاستعمال"[٣]، وعرفها الآمدي بقوله: "اللّفظ المستعمل فيما وضع له بعرف الاستعمال اللغوي[٤]"، والحقيقة اللُّغويّة هي أصل هذه الحقائق، يقول الزركشي: "إنّ اللُّغويّة أصلٌ الكل، فالعُرف نقلها عن اللغة إلى العُرف، والشرع نقلها عن اللغة والعُرف[٥]"، فقد يقوم مجموعة خاصة من الناس كأصحاب مهنة معينة بهذا النقل فتكون حقيقة عرفية خاصة[٦]، وقد يقوم به طائفة عامة من الناس فتكون حقيقة عرفية عامة، والعامة تكون بأمرين:

١- أن يوضع الاسم لمعنى عام، ثم يخصِّصه العُرف ببعض مسمّياتها، مثل لفظ الدابة فهي وضعت في اللغة لكل ما يدب على وجه الأرض، ثم خصصها العُرف بذوات الأربع.

أن يوضع الاسم في أصل اللغة لمعنى، ثم يكثر الناس استعماله في معنى آخر، يكون مجازاً بالنسبة للمعنى أصل الوضع، حتى يصبح شائعاً فيه، مثل لفظ الغائط في أصل اللغة موضوع للمكان المطمئن من الأرض، ثم كثر استعماله فيما له علاقة به، وهو قضاء الحاجة[٧]، وذكر الأصوليون عدة فروق بين الحقيقة اللُّغويّة والعُرفية أهمها:

١- الحقيقة اللُّغويّة هي الأصل، وبكثرة الاستعمال انتقلت إلى حقيقة عرفية.

---

(١) عبدالعزيز البخاري، **كشف الأسرار**، ج٢، ص٦١.
(٢) السمعاني، **المرجع السابق**، ج١، ص٤٢٠.
(٣) الرازي، **المرجع السابق**، ج١، ص١٠٢.
(٤) الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج١، ص٢٦.
(٥) الزركشي، **البحر المحيط**، ج١، ص٥١٤.
(٦) مثل اصطلاحات الفقهاء كالنقض والقلب والفرق. انظر: الرازي، **المحصول في علم الأصول**، ج١، ص١٠٣.
(٧) الغزالي، **المستصفى**، ص٣٣٨. و والرازي، **المحصول في علم الأصول**، ج١، ص١٠٢. و السبكي، **الإبهاج**، ج١، ص٢١٠.

٢- الوضع في اللُّغويّة يختلف عنه في العُرفية، في الأولى أهل اللغة وضعوا اللفظ بذلك المعنى، ولم يعرف به غيره، أمّا العُرفية فإنَّ أهل العُرف لم يضعوا ذلك المعنى وإنما نقلوه بغلبة الاستعمال إلى المعنى الجديد، مثال لفظ القارورة[١].

إنَّ غلبة الاستعمال تجعل المعنى الجديد هو المتبادر إلى الذهن عند سماع اللَّفظ، فيصبح هذا المعنى هو المقصود، وعليه يُحمل الكلام، وتترك به الحقيقة اللُّغويّة، قال السرخسي: "تترك الحقيقة بالاستعمال عرفاً؛ لأنّ الكلام موضوع للإفهام والمطلوب ما تسبق إليه الأوهام[٢]"، ويقول السمعاني: "وأمّا أمارة انتقال الاسم، فهو أنْ يسبق إلى الأفهام عند سماعه معنىً غير ما وضع له في الأصل[٣]"، وقال البزدوي: "لأنّ الكلام موضوع لاستعمال الناس وحاجتهم فيصير المجاز باستعمالهم كالحقيقة[٤]"، وقال عبدالعزيز البخاري في شرحه لكلام البزدوي: "لأنّ الكلام موضوع للإفهام والمطلوب ما يسبق إليه الأفهام فإذا تعارف الناس استعماله لشيء عيناً كان بحكم الاستعمال كالحقيقة فيه[٥]"، وقال ابن فرحون: "معنى العادة في الفظ: أنّ يغلب إطلاق لفظ واستعماله في معنى، حتَّى يصير هو المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق مع أنَّ اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ وهو الحقيقة العُرفية، وهو المجاز الراجح في الأغلب، وهو معنى قول الفقهاء: إنّ العُرف يُقدم على اللغة عند التعارض[٦]"، وهذا المعنى العُرفي الجديد له من القوة ما للمعنى الموضوع ابتداءً في أصل اللغة، نقل الزركشي عن القاضي عبدالوهاب قوله:" إنَّ العُرف بغلبة الاستعمال يقوم مقام ابتداء المواضعة، فإذا اختص ابتداء المواضعة بأهلها فكذلك العُرف[٧]"، ومع أنَّ الحقيقة العُرفية مثل الحقيقة اللُّغويّة إلاّ أنَّه عند التعارض تُقدم الحقيقة العُرفية، يقول القرافي: "النقل العُرفي يقدَّم على موضوع اللغة؛ لأنّه ناسخ للّغة، والناسخ

---

(١) الزركشي، **المرجع السابق**، ج١، ص٥١٤-٥١٥.

(٢) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج١، ص١٩٠.

(٣) السمعاني، **القواطع في أصول الفقه**، ج١، ص٤٢٠.

(٤) عبدالعزيز البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، ج٢، ١٤٢.

(٥) عبدالعزيز البخاري، **المرجع السابق**، ج٢، ١٤٢.

(٦) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج٢، ص٧٤.

(٧) الزركشي، **البحر المحيط**، ج١، ص٥١٦.

يقدَّم على المنسوخ، فهذا هو معنى قولنا: إنّ الحقائق العُرفية مقدمة على الحقائق اللُّغويّة[١]"، وهذا ما عبّر عنه السالمي بقوله: "وكذلك إذا تعارضت الحقيقة العُرفية والحقيقة اللُّغويّة، فالمقدم منهما الحقيقة العُرفية[٢]".

إذا كانت الحقيقة تنقسم إلى لغوية وشرعية وعرفية فكذلك المجاز ينقسم إلى لغوي وشرعي وعرفي[٣]، وإذا كان العُرف ينقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز بكثرة الاستعمال، فإنَّه كذلك ينقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز بقلَّة الاستعمال، يقول أبو الخطاب الحنبلي: " والحقيقة قد يجوز أنْ تصير حقيقة بالشرع أو العُرف مجازاً فيما كانت فيه[٤]"، وهذا ما قاله الرزي: "الحقيقة إذا قلّ استعمالها صارت مجازاً عرفياً[٥]"، وجاء في التلويح: "الحقيقة إذا قلّ استعمالها صارت مجازاً[٦]"، فالحقيقة اللُّغويّة التي نقلت إلى حقيقة عرفية أصبحت مجازاً عرفياً، ولا يُصار إليها إلاّ بقرينة[٧]، يقول الزرقا: "لأنّ العُرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف حقيقةً عرفيةً، وهي مقدَّمة على الحقيقة اللُّغويّة التي أصبحت هي بالنسبة إلى الحقيقة العُرفية مجازاً يحتاج إلى قرينة[٨]"، وعليه يجب حمل الحقيقة اللُّغويّة على مجازها إذا غلب استعمالها في العُرف بغير ما وضعت له[٩]، كما أنَّ كلام الناس وألفاظهم في تعاملاتهم يجب أنْ تُحمل على لغتهم وعُرفهم لأنّه هو المعبر عن قصدهم، وإن خالف أصلَ اللغة؛ لأنّها انتقلت بالعُرف اللفظي، يقول الزقا: " كلّ متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه وإنْ خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة؛ ذلك لأنّ العُرف الطارئ قد نقل تلك الألفاظ إلى معاني أخرى صارت هي الحقيقة العُرفية المقصودة باللفظ، في مقابل الحقيقة اللّغوية. فلو صُرف كلام المتكلم إلى

---

(١) القرافي، **الفروق**، ج١، ٣١٦-٣١٧.
(٢) السالمي، **طلعة الشمس**، ج١، ص٣٨٠.
(٣) الزركشي، **المرجع السابق**،ج١، ص٥٣٦.
(٤) أبو الخطاب محفوظ بن أحمد، **التمهيد في أصول الفقه**، ص٢٤٨.
(٥) الرازي، **المحصول**، ج١، ص١٣٠.
(٦) التفتازاني، **التلويح على التوضيح**، ج١، ص١٣١.
(٧) القرالة، أحمد ياسين، المبادئ اللغوية في أصول الفقه، ط١، دار جليس الزمان، عمّان، الأردن، ٢٠١٤م، ص١٤٦.
(٨) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٩١٤.
(٩) ابن عبد السلام، **قواعد الأحكام**،ج٢، ص٢٣٤.

حقيقته اللُّغويّة دون العُرفية التي هي في معناه في عرف المتكلم لترتب عليه إلزام المتكلم في عقوده وإقراره وحلفه وطلاقه وسائر تصرفاته القولية بما لا يعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه[١]".

المطلب الثالث: العُرف المفسِّر للعقد.

الفرع الأول: تعريف تفسير العقد.

قبل الحديث عن معنى تفسير العقد لا بُدَّ من تعريف العقد في الفقه الإسلامي والقانون.

العقد في الفقه: كما عرّفه ابن عابدين بقوله: " مجموع إيجاب أحد الْمتكلِّمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما[٢]".

والعقد في القانون: نصت المادة (٦٦) من قانون المعاملات المدنية العماني "العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول، وتوافقهما على وجه يَثبت أثره في المعقود عليه[٣]".

تفسير العقد في الفقه الإسلامي بأنّه: "بيان المعاني والمقاصد التي قصد المتعاقدان إلى تحقيقها من إصدار الإيجاب والقبول بدليل[٤]"، أمّا تفسير العقد في القانون: فعرفه عبد الحكيم فوده بقوله: "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسّر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتَركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صُلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به[٥]"، وعرّفته المذكرة الإيضاحية بأنّه: " استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين[٦]".

---

(١) الزرقا، **المرجع السابق**، ج٢، ص٨٨٠.

(٢) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج٣، ص٣.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩، المادة ٦٦.

(٤) سوزان عبد الحميد حسين، رسالة ماجستير بعنوان" **تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي**"، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ٢٠٠٦، ص٢٢.

(٥) فودة، عبد الحكم، **تفسير العقد في القانون المدني المصري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م، ص١١.

(٦) **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردن**، ج١، ص٢٥٤.

الفرع الثاني: الفرق بين العرف المفسِّر للقانون والعرف المفسِّر للعقد.

إنَّ تفسير العقد في الغالب يحتاج إلى تفسير القانون، إلّا أنّ هذا لا يلغي وجود فوارق بين تفسير القانون وتفسير العقد ومن أهمها:

أولاً: من حيث الأثر، فالقانون يسري على جميع أفراد المجتمع أو الطائفة التي يستهدفها القانون، أمّا الأثر القانوني للعقد فيسري على المتعاقِدين أو على الغير من له مصلحة.

ثانياً: من حيث التعبير عن الإرادة، فالقانون تعبير عن إرادة الشارع في الدائرة التي يحصل فيها التقاضي فالفرد يمكن أن يتولَّى ماله من حق في حدودها، أمّا العقد فإنَّه تعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين في أمر معين محدود.

ثالثاً: من حيث معرفة الإرادة، من الصعوبة التعرف على حقيقة مراد الشارع فيما وضع من النص؛ لتعدّد الجهات في السلطة التشريعية، أمّا في العقد فيعرف المتعاقدان وبالتالي يسهل معرفة حقيقة إرادتهما.

رابعاً: من حيث الاستقرار، القانون يسري لمدة طويلة، فالمحاكم يمكنها أنْ تستقر على تفسيرٍ في ما غَمض من نصوص القانون، أمّا في تفسير العقد يكاد من المستحيل الاستقرار على تفسير معين؛ لاختلاف الأوضاع والأحوال والألفاظ على مرور الوقت وطول الأيام.

خامساً: من حيث رقابة المحكمة العليا، تفسير القانون هي مسألة قانون لذلك تخضع لرقابة المحكمة العليا، أمّا تفسير العقد فهي مسألة واقع يكون الفصل فيها لقاضي الموضوع[١].

الفرع الثالث: متى يكون العُرف مفسِّراً للعقد؟.

إنّ الألفاظ التي يتلفظ بها الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم الهدف منها التعبير عن مقاصدهم وغاياتهم التي يريدونها؛ وهذا ما أكدته القاعدة الفقهية: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ

---

(١) عبد الحميد الشواربي، **المشكلات العملية في تنفيذ العقد**، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨م، ص٤٦-٤٧. و حجازي، **المدخل لدراسة العلوم القانونية**، ج١، ص٥٨٠.

والمباني[1]"، ودلّت عليه عبارات الفقهاء، يقول ابن القيم: "إنَّ اللَّهَ تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الأخر شيئاً عرّفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتّب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة أو فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ، مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً... فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم[2]"، كما أنَّ التعبير عن المقاصد قد تختلف بحسب اختلاف الأمم وأحوالها، يقول الشاطبي: "ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد، فتنصرف العبارة عن معنى إلى عبارة أخرى، إمّا بحسب اختلاف الأمم مع غيرها، أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم[3]"؛ لذلك كان على المفتي أو المفسر أو القاضي، أنْ يبذُل الجهد في سبيل التوصل إلى قصد المتكلم، وأن يستحضر جميع القرائن والدلالات التي تساعده في ذلك دون الوقوف على ظاهر اللفظ؛ لأنّ صحة العقود والتصرفات متوقفة على مراد المتكلم وقصده[4]، يقول ابن القيم: "إن القصد روح العقد ومصحِّحه ومبطله، فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإنَّ الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها[5]"، والوقوف على مجرد الألفاظ في العقود، والتصرفات فيه ضرر كبير على الناس، وتحميلهم ما لم يقصدوه ويرتضوه، وفيه إهمال لإرادتهم، يقول الزرقا: " فلو صُرف كلام المتكلم إلى حقيقته اللُّغويّة دون العُرفية التي هي في معناه في عرف المتكلم؛ لترتب عليه إلزام المتكلم في عقوده وإقراره وحلفه وطلاقه وسائر تصرفاته القولية بما لا يعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه[6]".

ويعتبر العُرف من أهمّ الوسائل التي قد يستعين بها المفسِّر أو القاضي لمعرفة مقصود المتكلم في تصرفاته ومعاملاته، لما للعرف من قدرة على بيان معاني ومقاصد الناس من ألفاظهم، وعليه يجب حمل ألفاظهم على مقاصدهم في جميع تصرفاتهم، وهذا ما أكدته عبارة الفقهاء يقول ابن عابدين: "إنَّ

---

(١) **مجلة الأحكام العدلية**، المادة، ٣، ص١١، **والقانون المدني الأردني**، رقم ١٩٧٦/٤٣، المادة،٢١٤.

(٢) ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ص٥٤١.

(٣) الشاطبي، **الموافقات**، ج٢، ص٢١٦.

(٤) د. القرالة، **وظائف العرف في التشريع الإسلامي**، ص ١٩٧.

(٥) ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ص٥٣٥.

(٦) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٨٠.

لفظ الواقف والحالف وكلّ عاقد يحمل على عادته ولغته، وافقت لغة العرب أم لا[1]"، وهذا ما عبر عنه السالمي بقوله: " واعتبار العُرف عندي أرجح، إذ لكل قوم ما اصطلحوا عليه، وأن اللغات تختلف، ويُحكم على كلّ فريق بما يقتضيه لسانهم من إقرار ووصية وعطية وتزويج وتطليق وبيع وشراء وغير ذلك من المعاني التي يشترط فيها العربية، فكذلك العُرف إذا لم يتبادر في الأذهان غيره، وإنْ كان العلماء يوجهونه إلى وجوه، فإنَّ العوام لا يحضرها ذلك، والمحكوم عليه كلام العامة لا توجيه العلماء[2]"، وقد اتفق الفقهاء من (الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، والإباضية[7])، على أنَّ العُرف القولي والعملي يخصِّص ألفاظ الناس ويقيّد مطلقها، وخالف الزيلعي[8] من الحنفية، والقرافي[9] من المالكية، والزركشي[10] من الشافعية قول الجمهور في العُرف العملي، وقالوا بأنّه لا يصلح لتخصيص وتقييد ألفاظ الناس.

واعتبار العُرف في تفسير ألفاظ الناس، أخذ به القانون المدني الأردني في المادة، (٢٣٩)[11]، وقانون المعاملات المدنية العماني، في المادة، (١٦٥) حيث نصت على: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يعدل عنها بحجة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أمّا إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي

---

(١) ابن عابدين، **رسالة نشر العرف**، ص٢٥٣.

(٢) السالمي، عبد الله بن حميد، (ت: ١٣٣٢هـ)، **العقد الثمين**،ط١، (تحقيق: سالم بن حمد بن سليمان الحارثي)،ج٣، مكتبة الضامري، سلطنة عمان، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ص، ١٧٩، ١٨٠.

(٣) ابن عابدين، **المرجع السابق**، ص٤٨.

(٤) عليش، محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله المالكي (ت: ١٢٩٩هـ)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، د. ط، ج٣، دار الفكر – بيروت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ص٥٠.

(٥) ابن عبد السلام، **قواعد الأحكام**، ج٢، ص٢٢٥.

(٦) ابن رجب، **القواعد الفقهية**، ص٣٣٦.

(٧) ابن بركة، **الجامع**، ج٢، ٨٩. واطفيش، محمد بن يوسف، (ت: ١٣٣٢هـ)، **شرح النيل وشفاء العليل**، ط٢، ج٩، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥، ص ٣٥٢،٣٥٣.

(٨) الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ج٢، ١٣٥.

(٩) القرافي، **الفروق**، ج١، ص٣١٨.

(١٠) الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج٢، ص١٢٠.

(١١) **القانون المدني الأردني**، رقم، ٦٣/ ١٩٧٦، المادة، ٢٣٩.

للألفاظ، ويستهدى في ذلك بطبيعة التعامل وبالعُرف الجاري وبما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين[١]".

المطلب الرابع: الأشياء التي اعتبر فيها العُرف مفسِّراً للعقد

الفرع الأول: دفع العربون:

العربون في الفقه: أنْ يدفع المشتري بعض الثمن، فإنْ أتمّ العقد اعتبر من ثمن المبيع، وإن تراجع لم يعد له شيئا مما دفع، وجوّز الحنابلة وبعض المالكية، بيع العربون لتعارف الناس عليه، ولحاجتهم إليه ومنعه الجمهور لأنّه أكل مال الناس بالباطل[٢].

العربون في القانون: عرّفه السنهوري تعريفاً قريباً من ذلك حيث قال: " أنْ يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال ـ يكون عادة من النقد[٣]"، والعربون يراد منه إمّا حفظ حق الطرف الآخر في العدول عن إتمام العقد وعليه دفع مبلغ جزاء تراجعه عن إتمام العقد أو يراد منه تأكيد على إتمام العقد والبت فيه بدفع جزء من الثمن، والحاجة إليه ملحة في هذا العصر وضرورة يجب اعتبارها يقول الزحيلي: " قد أصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار[٤]"، فإذا اتفق المتعاقدان على أنَّ العربون هو لجواز العدول فلكلٍّ منهما الحق في العدول بشرط دفع مبلغ العربون،

---

(١) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩.

(٢) ابن رشد، محمد بن أحمد، (ت:٥٩٥هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط١، ج٤، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م، ص٤٣٠. و ابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص١٧٥، وابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله (ت:٨٨٤هـ)، **المبدع في شرح المقنع**، ط١، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧م، ص٥٨. اطفيش، **شرح النيل**، ج٨، ص١٤٩.

(٣) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص٢٥٩.

(٤) الزحيلي، وهبة مصطفى، **الضرورة الشرعية**، ط٤، دار الفكر، دمشق، سوريا، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ص١٦٦-١٦٧.

وإنْ اتفقا على أنَّ العربون لتأكيد العقد والبت فيه فإنَّه لا يجوز العدول، ويجوز لكلٍّ منهما المطالبة بتنفيذ العقد، فإذا لم يكن هناك اتفاق فالمرجع في ذلك للعرف لإظهار القصد، وبيان مراد المتعاقدين من العربون، يقول السنهوري: "أمّا دلالة العربون عند الشك، هل هي للبتات أو لجواز العدول، فأمره يترك للعرف والعادة[١]"، وبناءً على اختلاف الأعراف اختلفت القوانين العربية في تفسير نية المتعاقدين[٢]، فذهب المدني المصري[٣] والأردني[٤] إلى أنَّ المراد به جواز العدول، يقول السنهوري: "ويفسّر هذه النية عند غموضها في ظل العُرف الجاري، والظاهر أنَّ العُرف في مصر يميز بين البيع والإيجار... أخذ القانون المدني الجديد، حسماً للخلاف والتردد، بدلالة جواز العدول[٥]"، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني: "ومردُّ الأمر في ذلك إلى العُرف والعادة وقد اختار المشروع نزولاً على العادة والعُرف في الأردن أنْ يكون العربون عند الشك لجواز العدول[٦]"، وذهب المدني العراقي وحذا حذوه كلّ من الإماراتي[٧] والعماني إلى أنَّ العربون يعتبر دليلاً على أنّ العقد أصبح باتّاً لا يجوز العدول عنه، وقد نصَّ قانون المعاملات المدنية العماني على دور العُرف في تفسير وإظهار نيَّة المتعاقدين وقصدهم، فهو المرجع في تحديد ما إذا كان العقد باتّاً لا يجوز العدول عنه أو العكس، فالعُرف هو الحَكَم في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين، جاء في المادة،(٨٤) "يعتبر دفع العربون دليلاً على أنَّ العقد أصبح باتّاً لا يجوز العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق أو العُرف بغير ذلك[٨]".

---

(١) السنهوري، عبد الرزاق بن أحمد، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، د ط، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان: ١٩٩٨، ص ٩٦.

(٢) السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج١، ٢٥٩-٢٦٤.

(٣) **القانون المدني المصري** رقم ١٩٤٨/١٣١، المادة، ١٠٣.

(٤) **القانون المدني الأردن**، رقم ١٩٧٦/٣٤، المادة، ١٠٧.

(٥) السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج١، ص٢٦١.

(٦) القضاة، المذكرات **الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، ص١٠٢.

(٧) **قانون المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم ١٩٨٥/٥، المادة، ١٤٨.

(٨) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩، المادة، ٨٤.

الفرع الثاني: البيع بشرط التجربة:

البيع بشرط التجربة: هو الذي يتم فيه الاتفاق بين المتعاقدين على أنْ يكون للمشتري حق تجربة المبيع، للتعرُّف على صلاحية المبيع أو لتأكد من أنَّ المبيع هو الذي يطلبه[١].

تجربة المبيع قد تكون ضرورية في أحيانٍ كثيرةٍ، وذلك للتأكد من سلامة المبيع وصلاحيته للاستخدام، فكثير من المبيعات كالأجهزة الإلكترونية والسيارات وغيرها تحتاج إلى التأكد من صلاحيتها، وذلك بتجربتها لفترة معينة، وقد يتمُّ تجربة السلعة لكي يتعرّف المشتري على أنَّها تناسب حاجياته كالملابس، يتم التأكد من قياساتها، والعُرف له دور كبير في تحديد كثير من السلع التي تقع عليها التجربة وإنْ لم يتفق المتعاقدين عليها صراحة، يقول السنهوري: "وقد يستقر العُرف في أشياء معينة أنْ يكون شراؤها معلّقاً على شرط التجربة، فيُفهم الشرط ضمناً عن طريق العُرف[٢]"، وشرط تجربة المبيع يندرج تحت خيار الشرط[٣]، الذي جوزه جمهور الفقهاء[٤]، واختلفوا في المدة فذهب الإمام مالك[٥] أنّ المدة تختلف بقدر الحاجة حسب اختلاف المبيعات، وذهب الإمام أبو حنيفة[٦] والإمام

---

(١) الزحيلي، وهبة مصطفى، **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**، ص٥٠.

(٢)السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج٤، ص١٣١.

(٣) عرفه ابن عابدين بقوله:" إن خيار الشرط مركب اضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ"، ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج٥، ص٥٦٧.

(٤) الكاساني، مسعود بن أحمد، (ت: ٥٨٧)، **بدائع الصنائع**، ط٢، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ص٢٧٠. و ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٥، ص٥٣. و الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب،(ت:٩٧٧هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ط١، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ص٤١٧. و البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، (ت:١٠٥١هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د. ط، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص٢٠٨. و اطفيش، **شرح النيل**، ج٩، ص ٢٤٦-٢٥٢. و الشقصي، خميس بن سعيد بن علي بن مسعود، **منهج الطالبين وبلاغ الراغبين**، ط٢، ج١٤، (تحقيق: سالم بن حمد بن سليمان الحارثي)، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ص٢١٩-٢٢٢.

(٥) الباجي، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، (ت: ٤٧٤هـ)، **المنتقى شرح الموطأ**، ط١، ج٥، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٣٢هـ، ص٥٦. وابن رشد، **بدية المجتهد**، ج٥، ص٥٤.

(٦) الكاساني، **بدائع الصنائع** ، ج٥، ص١٥٧.

الشافعي[١]، وهو الراجح عند الإباضية[٢]، بأنَّ أكثرها ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر من ذلك، وذهب الإمام أحمد[٣] إلى جواز أي مدة اشترطت.

وإذا لم تشترط المدة وكان الخيار مطلقاً، ذهب أبو حنيفة[٤] والشافعي[٥] بعدم الجواز وفساد البيع، وجوزه الإمام مالك[٦] على أنْ يحدده السلطان بأجلِ مثله، والعُرف قد يقيّد المدة المطلقة وذلك بحسب اختلاف السلعة يقول الباجي: "إذا شرط الخيار، ولم يقرر المدة لم يبطل المبيع، وحكم في ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة في غالب العادة [٧]".

ونصّ قانون المعاملات المدنية العماني على جواز البيع بشرط التجربة حيث جاء في المادة (٣٦٠)[٨]: " ١) يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة فإنْ سكت المتعاقدان، عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة. ٢) ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة[٩]".

وقد أخذ قانون المعاملات المدنية العماني برأي المالكية فيما يخص المدّة المطلقة التي لم يتفق عليها المتعاقدان، فإنّ الأمر يقيّد بالعُرف والعادة بحسب اختلاف المبيع، مثلاً تجربة السيارة تحتاج يوم أو يومين والملابس تحتاج مدة أقل من ساعة، وتجربة بعض الأدوات تحتاج أكثر من أسبوع مثل الآلات الزراعية، أمّا إذا اتفق المتعاقدان على مدة أطول من ذلك أو أكثر يجب عليهما أن يلتزمان بما اتفقا عليه وإنْ كان مخالفاً للعرف والعادة[١٠]، وأرى أن القانون العُماني قد وفق في هذا الاختيار نظراً

---

(١) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج.**

(٢) اطفيش، **المرجع السابق نفسه.**

(٣) البهوتي، **المرجع السابق**، ج٣، ص٢٠٢.

(٤) الكاساني، **المرجع السابق**، ج٥، ص١٥٧.

(٥) الشربيني، **المرجع السابق**، ص٢٢١.

(٦) ابن رشد، **المرجع السابق**، ص٥٥.

(٧) الباجي، **المرجع السابق**، ص٥٧.

(٨) وتقابلها المادة (٤٧٠) **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣، والمادة (٤٩٤)، **المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

(٩) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٩٢/ ٢٠١٣.

(١٠) الزحيلي، **العقود المسماة**، ص٥٢. ومحمود جلال حمزة، **التبسيط في شرح القانون المدني الأردني**، ط١، ج٤، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ص٥٦.

لتغير السلع من حيث إمكان حفظها ونقلها إلى مكان آخر ونظراً لتغير ظروف الشحن والنقل فالتقييد بمدة ثلاثة أيام قد لا يصلح مع كل السلع.

ومقدار استعمال المبيع في فترة التجربة هو أمر مطلق ليس له حد معين وفي هذه الحالة يكون العُرف والعادة وما جرى عليه استعمال الناس هو المقيّد لهذا الإطلاق، فإذا تجاوز من له شرط التجربة في استعمال سلعة معينة وما جرى عليه العُرف في ذلك المبيع أو زاد في الوقت زيادة لا يقصد منها التجربة، كأنْ يستعمل من أراد شراء السيارةِ لمدة شهر ويذهب بها مسافات طويلة لا يذهب بمثلها في عرف الناس، فإنْ لم يتفق مع البائع على ذلك فالبيع لازم وهذا ما ذهب إليه الفقهاء[1]، وأخذ به قانون المعاملات العماني حيث جاء في المادة (٣٦٦)[2]، "لا يجوز للمشتري أنْ يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه، فإذا زاد في الاستعمال زيادة لا يُقصد منها التجربة لزم البيع[3]".

الفرع الثالث: وقت أداء الثمن:

الثمن في الفقه: هو ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع[4]، وفي القانون: الثمن ما يتراضى عليه المتعاقدان وقت البيع سواء كان مطابقاً للقيمة أو ناقصاً أو زائداً عنها[5].

الثمن في البيع المطلق الأصل فيه أن يكون معجلاً عموماً، ويدفع بعد أنْ يتم العقد قبل أنْ يفترق المتعاقدان، يقول صاحب الدر المختار: "وصحّ بثمنٍ حالٍّ، وهو الأَصلُ، ومؤجَّلٍ إلى معلوم لئلا يفضي إلى النزاعِ[6]"، ولكن هذا العموم قد يخصّص بالعُرف إذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين،

---

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ٢٧٠. و البهوتي، **كشاف القناع**، ج٣، ص٢٠٨. و الزحيلي، **العقود المسماة**، ص٥٣.

(٢) وتقابلها المادة(٤٦٧)، **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣، والمادة (٥٠٠)، **المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥..

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٩/ ٢٠١٣.

(٤) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط٢، ج٩، دار السلاسل، الكويت، (١٤٠٤ – ١٤٢٧ هـ)، ص٢٦.

(٥) **مجلة الأحكام العدلية**، المادة(١٥٣)، ص١٨.

(٦) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج٤، ص٥٣١.

يقول الزرقا: "أمّا التأجيل[1] والتقسيط[2] فإنَّهما لا يثبتان إلا بشرط أو بعرفٍ لأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[3]"، فقد يتعارف الناس على بيع سلعة معيّنة بثمنٍ مؤجّل لمدة معلومة أو يقسط المبلغ لفترات معينة، وجوّز الفقهاء الحنفية تأجيل الثمن كلِّه أو بعضه أو تقسيطه إلى وقت معلوم، تخفيفاً وتيسيراً على الناس، ومراعاتً لأعرافهم وحاجاتهم، وهذا التأجيل لا بدّ فيه من تحديد مدة معلومة أو متعارف عليها، كأنْ يكون سنةً أو شهراً أو مقسطاً كلّ ثلاثة أسابيع وهكذا[4].

وأخذ قانون المعاملات المدنية العماني بما ذهب إليه الأحناف وبما جاء في مجلَّة الأحكام العدلية في المواد من، (٢٤٥ ـ ٢٤٩)[5]، حيث نصّت المادة (٣٧٢) : " يُستحق الثمن معجّلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أنْ يكون مؤجلاً أو مقسطاً لثمن معلوم[6]".

الفرع الرابع: إيجار الأراضي الزراعية:

الإجارة في الفقه: تمليك منفعة مقصودة من العين بعوض[7]، والإجارة في القانون: أن يمكن المؤجر المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدّة معينة لقاء عوض معلوم[8].

جوز الفقهاء[9] إيجار الأراضي الزراعية، كما أنَّ القانون أخذ برأي الفقهاء واستمد أحكامه في هذا الباب من المذهب الحنفي، وخاصة ما ذكرته مجلَّة الأحكام العدلية، في المواد، (١٩، و ٤٢٦،

---

(١) التأجيل: تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين. **مجلة الأحكام العدلية**، المادة، (١٥٦)، ص١٨.

(٢) التقسيط: تأجيل أداء الدين مفرقاً إلى أوقات متعددة معينة. **مجلة الأحكام العدلية**، المادة، (١٥٧)، ص١٨.

(٣) الزرقا، مصطفى أحمد، **العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع**، ط٢، دار القلم، دمشق، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ص١٠٧.

(٤) علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ٢٠٧-٢١١.الزحيلي، **العقود المسماة**، ص٦٠-٦١.

(٥) **مجلة الأحكام العدلية**، ص٢٩.

(٦) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٩٢/ ٢٠١٣. وتقابلها المادة (٤٨٣) من **المدني الأردني، رقم٦٣/١٩٧٦**، والمادة (٥٠٨) **قانون المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

(٧) ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٦، ص٤. وعلي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٣٦٩. و مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، (ت: ١٢٤٣هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ط٢، ج٣، المكتب الإسلامي، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ص٥٧٩.

(٨) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩، مادة: ٥١٦.

(٩) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٤، ص١٧٥. و ابن عابدين، **رد المختار**، ج٦، ص٢٩. وابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٥، ٩٣. وابن المنذر، محمد بن ابراهيم النيسابوري،(ت:٣١٩هـ)، **الإشراف على مذاهب العلماء**، ط١،تحقيق: صغير أحمد الأنصاري

و٤٥٤، و٦٠٣)[١]، كما أشارت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني[٢]، ودور العُرف في هذا الجانب يكمن في أمرين:

أحدهما: استعمال الأدوات والآلات الزراعية:

الأصل أنَّ إيجار الأرض الزراعية لا يشمل الأدوات والآلات الخاصة بالزراعة كالتي تستخدم في حرث الأرض أو قطف الثمار أو ضخ المياه وغيرها، ولكنْ إذا كان الاتفاق يشمل تلك الأدوات فيجب الالتزام به، وعليه أنْ يقوم بصيانتها والمحافظة عليها، و طريقة استخدام تلك الأدوات وإنْ كانت مطلقة في العقد فإنها تتقيد باستعمال العُرف في مثل تلك الأدوات وعلى المستأجر أن لا يتعد في استخدامها ما جرى به العُرف والعادة[٣]، وهذا ما نصت عليه المادة، (٥٦٥) من قانون المعاملات المدنية العماني: " ١) إذا استأجر شخص الأرض للزراعة شمل الإيجار جميع حقوقها ولا تدخل الأدوات الزراعية وما لا يتصل بالأرض اتصال قرار إلا بنص. ٢) إذا تناول العقدُ إيجار الأدوات والآلات الزراعية وغيرها وجب على المستأجر أنْ يتعهدها بالصيانة وأنْ يستعملها طبقا للمألوف[٤]".

وثانيهما: التزامات المستأجر في الأرض الزراعية:

إذا كان الاتفاق في العقد على مطلق الحرية للتصرف في الأرض الزراعية فله أنْ يزرعها بما شاء من محاصيل صيفية أو شتوية ولكنْ لا بد عليه أنْ يتقيَّد بالعُرف وما هو مألوف في استغلال الأرض بحيث لا يُحدثُ ضرراً أو أثراً يجعل من الأرض غير صالحة للزراعة أو ألّا يتمكن مَنْ يأتي بعده مِن الاستفادة منها على الوجه المعتاد، وإلا اعتبر متعديّاً، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام[٥]،

أبو حماد، ج٦، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ص٢٦٣. وابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٦٢. و اطفيش، شرح النيل، ج١٠، ص٢٥٧-٢٦٣.

(١) علي حيدر، **درر الحكام**،ج١، ص٣١ و ص٤١٤ و ص٤٥٨وص ٦٣٣.

(٢) القضاة، **المذكرات الإيضاحية**، ص٥٢٦.

(٣) الفضلي، جعفر محمد، **الوجيز في العقود المدنية**، ط٤، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م، ص٣٢٠.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٩٢/ ٢٠١٣. وتقابلها المادة (٧١٥) من **المدني الأردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣، والمادة (٨٠١) **قانون المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

(٥) علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص ٣١ و ص٤١٤ و ص٦٣٣. والسنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج٦، ص٥١٩. والعبودي، عباس، **شرح أحكام العقود المسماة**، ط٣، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، ص٣٤٣.

وقانون المعاملات المدنية العماني أخذ بتلك الأحكام متأثرا بما جاء في مجلّة الأحكام العدلية[١]، و نص على هذه الأحكام في المادة (٥٦٨):" على المستأجر أنْ يستغل الأرض الزراعية وفقاً للاستغلال المألوف وعليه أنْ يعمل على أنْ تبقى الأرض صالحة للإنتاج وليس له أن يغير في طريقة الانتفاع بها تغييرا يمتد أثره إلى ما بعد انقضاء الإيجارْ[٢]"

الفرع الخامس: مدة المساقاة:

المساقاة في الفقه: هو عقد بين مالك الشجر أو الزرع والعامل على أنْ يقوم العامل بخدمة الشجر أو الزرع مدة معلومة، مقابل جزء معلوم من غلته[٣]، وفي القانون: أخذ المشرّع العماني بتعريف الفقهاء، وذلك في المادة (٥٨٥) من قانون المعاملات المدنية العماني[٤].

جوّز جمهور الفقهاء[٥] عدا أبو حنيفة[٦]، عقد المساقاة، واشترطوا فيه معلومية الأجرة كنصف الثمر أو ربعه أو ثلثه، و تحديد مدة معلومة، كوقت الحصاد أو الجذاذ أو غيرها من الدورات الزراعية، وإذا لم تُذكر المدة فإنّه تنصرف إلى أول غلة تحصل في سنة العقد، بشرط عدم وجود عرف فإذا كان

---

(١) **مجلة الأحكام العدلية**، المادة، ١٩ و ٥٢٥ و ٦٠٣. ص١١ و ٥٨ و ٦٦.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٩٢/ ٢٠١٣. وتقابلها المادة (٦١٣) **مدني مصري**، رقم، ١٩٤٨/١٣١، والمادة (٨٠٤) **مدني عراقي**، رقم، ١٩٥١/٤٠ و المادة (٧١٨) من **المدني الأردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣ والمادة (٨٠٤) **القانون الإماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

(٣) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص١٨٥. ابن قدامة، **المغني**، ج٥،ص٢٩٠. واطفيش، **شرح النيل**، ج١٠، ص٦٥.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩.

(٥) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، (ت: ١٧٩هـ)، **المدونة**، ط١، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ص٥٦٢. و الكاساني، **المرجع السابق**، ج٦، ص١٨٥. و ابن رشد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، **المقدمات الممهدات**، ط١، ج٢دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ص٥٤٨. والشافعي، محمد بن إدريس بن العباس،(ت: ٢٠٤هـ)، **الأم**، د. ط، ج٤، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ص١١.= =الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد،(ت: ٤٥٠هـ)، **الحاوي الكبير**، ط١، (تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود)، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٩ هـ -١٩٩٩ م، ص٣٥٧. ابن قدامة، **المرجع السابق**، ج٥، ص٢٩٠. و العبادي، علي بن محمد الحدادي الزبيدي، (ت:٨٠٠هـ)، **الجوهرة النيرة على مختصر القدوري**، ط١، ج١، المطبعة الخيرية،١٣٢٢هـ، ص٣٧٣. و ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، **المحلى بالآثار**، د. ط، ج٧، دار الفكر - بيروت، لبنان، ص٦٧. واطفيش، **المرجع السابق**، ج١٠، ص٦٦.

(٦) الكاساني، **المرجع السابق**، ج٦، ص١٨٥.

هناك عرف يكون العُرف هو المفسّر والمبين للمدة، وتحمل مطلق المدة على ما جرى به عرف الاستعمال[1].

وأخذ قانون المعاملات المدنية العماني برأي الفقهاء في الرجوع إلى العُرف إذا لم يحدد الطرفان وقت المساقاة وبالتالي العُرف هو من يقيد المدة المطلقة ويكشف عن هذه المدة حسب ما تعارف عليه الناس، وإذا لم يوجد عرف في ذلك تتصرف إلى أول غلة، كما صرحت المادة (٥٨٦) جاء في الفقرة الأولى منها :" إذا لم تبين في العقد مدة للمساقاة تتصرف إلى أول غلة في سنة العقد ما لم يجر العُرف على غير ذلك"[2].

الفرع السادس: مدة الإعارة:

الإعارة في الفقه: تمليك منفعة بغير عوض، لمدة معينة أو لغرض معين، مع ردها بعد الاستعمال، فالحنفية والمالكية قالوا بتمليك المنفعة، والشافعية والحنابلة قالوا بأنها إباحة المنفعة[3]، والقول بأنّها تمليك المنفعة هو ما أخذ به المشرّع العماني، حيث عرفت المادة،(٦٠٧): الإعارة بأنها: "تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة على أنْ يرده بعدها[4]".

والمدة في الإعارة قد تكون مطلقة، بحيث لا يحدّد الطرفان وقتاً معيناً لرد العارية، وقد تكون مقيدة بزمن معين في العقد كأن تكون يوم أو أسبوع، وإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فإنّه ينظر إلى العُرف؛ فإنَّ العُرف يقيد مدّة العاريَّة المطلقة، كأنْ يتعارف الناس على أنَّ مدة إعارة فستان الزفاف مثلاً إلى يومين بعد العرس، فإنَّ على المستعير أنْ يتقيد بالعُرف ويرجع الفستان في تلك المدة،

---

(١) مالك، **المدونة**، ج٣، ص٥٧٠. و الكاساني، **المرجع السابق**، ج٦، ص١٨٦. و ابن رشد، **المرجع السابق**، ج٢، ص٥٥٣. الماوردي، **المرجع السابق**، ج٧، ص٣٦٢. و ابن قدامة، **المرجع السابق**، ج٥، ص٣٠٦. و اطفيش، **المرجع السابق**، ج١٠، ص٦٩. و العبودي، **شرح أحكام العقود المسماة**، ص ٣٥٤.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٧٣٩) **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣.

(٣) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٥، ص٨٣. و الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ٢١٦. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٣١٣. وابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص١٦٣.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩.

وعلى مذهب مالك[1] ليس للمعير أنْ يرجع فيها قبل حلول الأجل سواءً كان الأجل محدد بمدة معينة أو التي قيدها العُرف؛ لأنّه عقد لازم، وعليه إذا لحق بالمستعير ضرر عليه تعويضه لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، خلافاً لمذهب الجمهور[2] الذين قالوا بأنّه يصح للمعير أنْ يرجع متى شاء بشرط أنْ لا يضر بالمستعير، وكذلك يصحُّ أنْ يرجع المستعير العارية لصاحبها في أي وقت شاء قبل انقضاء الأجل؛ لأنّه عقد غير لازم، لا عوض فيه[3].

وأخذ قانون المعاملات المدنية العماني برأي المالكية حيث نصّت الفقرة الأولى من المادة، **(٦١٥)**: "إذا كانت الإعارة مؤقتة بأجل نصاً أو عرفاً فرجع المعير فيها قبل حلول الأجل ولحق المستعير ضررٌ بسبب ذلك لزم المعير تعويضه عن ضرره[4]".

الفرع السابع: الانتفاع بالعاريَّة:

الإعارة قد تكون مطلقة بحيث لا تحدَّد باستعمال معين أو في مكانٍ أو زمانٍ معينٍ أو شخصٍ معينٍ، فقد يستعير شخص من آخر سيارة ولم يشترط عليه أنْ يستعملها بنفسه أو يذهب بها مكاناً معيناً فقط، أو مسافةً معينةً، وقد تكون مقيَّدة في العقد باستعمال معين أو في زمن أو مكان معينين وشخص معين، كأنْ يعيرَه أرضاً ليزرعَ فيها العدس، وقد تكون العاريّة غير مقيدة في العقد إلاّ أنَّ عُرف الاستعمال قيَّدها بنوعٍ من الاستعمال أو بمكان معين، فمثلاً لو استعارت امرأة ذهباً فليس لها أنْ

---

(١) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) **الكافي في فقه أهل المدينة**، ط٢، (تحقيق: محمد محمّد أحيد ولد ماديك الموريتاني)، ج٢، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية،١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، ص٨١٠. و ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٥، ص٤٠٦.

(٢) الكاساني، **المرجع السابق**، ج٦، ٢١٦. والشربيني، **المرجع السابق**، ج٣، ص٣٢٤. و ابن قدامة، **المغني**، ١٧٠. و واطفيش، **شرح النيل**، ج١٢، ص١٢٦-١٢٧.

(٣) علي حيدر، **درر الحكام**، ج٢، ص٣٦١-٣٦٥. و السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج٦، ص١٥٢٥. و الزحيلي، العقود المسماة، ص٢٧٥. و القضاة، **المذكرات الإيضاحية**، ص٥٤٣. و نسرين سلامة محاسنة، **شرح القانون المدني العقود المسماة**، ط١، دار وائل، عمّان، الأردن، ٢٠١٣م، ص٦٦.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، المرجع السابق. وتقابلها المادة، **(٦٣٦)**، **مدني مصري**، رقم، ١٩٤٨/١٣١. والمادة،**(٧٦٩)**، **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣. والمادة، **(٨٥٤)** **معاملات مدنية إماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

تلبسه وتذهب به إلى السوق لأنّ العُرف أنَّ الذهب يُستعار للمناسبات والحفلات فلا بدَّ أنْ يتقيد مطلق العارية بالعُرف، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[١].

وأخذ المشرّع العماني برأي الفقهاء في هذه المسألة حيث نص في الفقرة الأولى من المادة، (٦١٨)، على ما يلي: " للمستعير أنْ ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الإعارة المطلقة التي لم تقيد بزمن أو مكان أو بنوع من الانتفاع[٢]".

الفرع الثامن: الآلات والأدوات في عقد المقاولة:

مصطلح المقاولة مصطلح حديث، ظهر بعد اتساع مجالات العمل، وكثرة الصناعات، هذا ما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، حيث نصَّت على ما يلي: " اتسع ميدان العمل والصناعة واتجه الناس إلى رفع شأن العامل، والإعراض عن تسمية الواحد من أصحاب المهن بالأجير، وجرى العُرف بينهم على اصطلاح عقد المقاولة عوضاً عن عقد الاستصناع[٣] الذي كان الفقهاء[٤] يستعملونه[٥]".

---

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص٢١٥. و ابن عبد البر، **الكافي في فقه أهل المدينة**، ج٢، ص٨٠٩. و الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ٣٢١-٣٢٣. وابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص ١٦٧-١٧٣. واطفيش، **شرح النيل**، ج١٢، ص١٢١-١٢٥. و علي حيدر، **درر الحكام**، ج٢، ص٣٣٥. والسنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج٦، ص١٥٣٨. و الزحيلي، **العقود المسماة**، ص٢٧٨.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٦٣٩)، **مدني مصري**، رقم، ١٩٤٨/١٣١. والمادة،(٧٧٢)، **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٨٦٣) **معاملات مدنية إماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

(٣) عرفه الحنفية: هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع. انظر: السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، (ت: نحو ٥٤٠هـ)، **تحفة الفقهاء**، ط٢، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤ م، ص٣٦٢. و الكاساني، **المرجع السابق**، ج٥، ص٢.

(٤) جوز فقهاء الحنفية عقد الاستصناع، استحساناً لتعارف الناس وتعاملهم به وحاجتهم إليه. انظر، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢،ص٣٦٣. و الكاساني، **المرجع السابق**، ج٥، ص٢.

(٥) القضاة، **المذكرات الإيضاحية**، ص٥٤٧.

فوضع مجمع اللغة العربية المصري تعريفاً للمقاولة: اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأنْ يقوم للآخر بعملٍ معين بأجر محدود في مدة معينة[١]، وعرَّفه القانون العماني في المادة، (٦٢٦): "المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه المقاول، بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر[٢]".

قد يتم الاتفاق بين المقاول وصاحب العمل بخصوص المواد، بحيث يوفِّرها المقاول، وقد يتفق على جزءٍ منها يأتي به المقاول والجزء الآخر يأتي به صاحب العمل، وقد يوفر صاحب العمل كلّ المواد وعلى المقاول العمل فقط سواءً قام بالعمل بنفسه أو عن طريق عمّال آخرون ويكون عليه الإشراف، وكون صاحب العمل يوفر كلّ المواد، لا يعني أنَّ المقاول ليس عليه شيء، فكلُّ الأدوات والآلات التي يحتاجها العمل، كالأخشاب وعربات نقل مواد البناء وخلاطة الإسمنت في البناء، وأدوات الجراحة كالمقص ومواد التعقيم وغيرها في مهنة الطب، جميع ذلك يوفره المقاول على نفقته، ولكن قد يخصّص العُرف بعضَ الأدوات في بعض المهن بأن تكون نفقتها على صاحب العمل، كمعدات تسوية الأرض وقصّ التربة، فإنّ نفقة استئجارها تكون على صاحب العمل كما جرى العُرف في عُمان، وعليه يجب العمل بمقتضى عرف الناس وما جرت به عادتهم في مثل هذه الأحول، إذا لم يكن هناك اتفاق بخلافه[٣].

وهذا ما ذهب إليه المشرّع العماني، حيث نصت المادة، (٦٣٠) : "على المقاول أنْ يأتي بما يحتاج إليه من آلات وأدوات إضافية على نفقته مالم يقضي الاتفاق أو العُرف بغير ذلك[٤]".

---

(١) إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، **المعجم الوسيط**، د. ط، تحقيق :مجمع اللغة العربية، ج٢، دار الدعوة، د. ت، ص٧٦٧. مادة: قول.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، ٢٠١٣/٢٩.

(٣) علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٣٨٥-٣٨٧. و السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج٧، ص٦٦. و الفضلي، **الوجيز في العقود المدنية**، ص٣٧١. والسرحان، عدنان إبراهيم، **شرح القانون المدني العقود المسماة**، ط٥، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م، ص٤٩-٥٠.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٦٤٩)، **مدني مصري**، رقم، ١٩٤٨/١٣١. والمادة،(٧٨٤)، **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٨٧٦) **معاملات مدنية إماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

الفرع التاسع: زمان دفع الأجر في عقد المقاولة:

الأصل أنْ يقوم صاحب العمل بدفع الأجر عندما يستلم المعقود عليه من المقاول، ولكن قد يتفق صاحب العمل على طريقة معينة في الدفع كأنْ يدفع له مقدَّماً عند بداية العمل جزء من الأجر، وبعد الانتهاء من العمل يسلّمه باقي الأجر، أو أنْ يتّفقَ معه على تقسيط المبلغ حسب مراحل العمل، وغيرها من طرق الوفاء حسب اتفاق المتعاقدين، فإذا لم يوجد اتفاق فإنّ العُرف يفسّر ويبين زمان الوفاء بالأجر، وذلك حسب ما جرى به العُرف في مثل تلك المهن، مثال: في عُمان يقوم صاحب العمل بدفع مقدم للمقاول قبل البدء في بناء المنزل، ثم يدفع باقي الأجر مقسطاً حسب مراحل العمل ويبقى مبلغ من الأجر يدفع بعد تسليم المنزل، فهذه الأعراف يجب أنْ تراعى حسب كلّ مهنة إنْ وجد عرف ولم يكن هناك اتفاق بخلافه[1].

وهذا ما أخذ به المشرّع العماني، فنصت المادة، (٦٣٩)، على أنْ: " يلتزم صاحب العمل بالوفاء بالأجر عند تسليم المعقود عليه إلا إذا نصَّ الاتفاق أو جرى العُرف على غير ذلك[2]".

الفرع العاشر: كسوة العامل في عقد العمل:

عرف قانون المعاملات المدنية العماني عقد العمل: هو عقد يلتزم أحدُ طرفيه بأنْ يقومَ بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه وإدارته لقاء أجر[3].

جوز الفقهاء كسوة الأجير ونفقته وسكناه بأنْ تكون على صاحب العمل، وقد جرت العادة بذلك في بعض الأعمال، والأصل أنَّ كسوة العامل وإطعامه وسكنه عليه، وهو من مستلزماته وحاجاته فعليه توفيرها لنفسه، ولكن قد يخصَّص هذا الأمر بالعُرف فقد يجري في عرف الناس وعادتهم أنَّ بعض الأعمال تكون فيها كسوة العامل من ملابس وأحذية وفُراش، وطعامه وتوفير سكن له، كلّ ذلك على

---

(١) علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٤٧٥. و السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج٧، ص١٩٨. والفضلي، **الوجيز في العقود المدنية**، ص٣٧١. والسرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة، ص٩٦.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٦٥٦)، **مدني مصري**، رقم، ١٩٤٨/١٣١. والمادة،(٧٩٣)، **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٨٨٥) **معاملات مدنية إماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، ٢٠١٣/٢٩. المادة:(٦٥١).

صاحب العمل، كما هو العُرف في عُمان بالنسبة لعمَّال المزارع حيث يقوم في العادة صاحب المزرعة بتوفير السكن والطعام والملابس وغيرها؛ ممَّا يحتاجه عامل المزرعة، كما أنَّ بعض الأعمال تقتضي بطبيعتها، توفير السكن والطعام للعامل وذلك للضرورة، مثل ما جرى عليه العُرف في شركات النفط التي تعمل في الصحراء بعيدة عن المدن، فتقوم بتوفير السكن والطعام الملابس والأحذية الخاصة بالعمل[(١)].

وهذا ما ذهب إليه قانون المعاملات المدنية العماني، حيث نصت المادة (٦٦٦) أنَّ: "على صاحب العمل كسوة العامل وإطعامه وسُكناه إذا جرى العُرف أو اقتضت طبيعة العمل ذلك[(٢)]".

المطلب الخامس: قواعد العرف المفسر

تمهيد:

عرَّف الجرجاني القاعدة بقوله: "هي قضية كلّية منطبقة على جميع جزئياتها[(٣)]"، والقواعد الفقهية باعتبارها مركَّباً وصفيَّاً، اختُلف في تعريفها لوجود مستثنيات، فمن اعتبر أنَّ المستثنيات لا تُخلُّ عرفها بقوله[(٤)]: قضية فقهية كلية منطبقة على جميع جزئياتها، ولهذه القواعد أهميّة كبرى في الفقه، ومعرفتها أمرٌ مهمٌ للفقيه، يقول القرافي في بيان أهميتها: "والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع... وهذه القواعد مهمّة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظُم قدر الفقيه ويشرُف، ويظهَر رونق الفقه ويُعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتُكشف[(٥)]"،

---

(١) ابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص٣٦٤. والبهوتي، **كشاف القناع**، ج٣، ٥٥٢. و علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٦٠٣-٦٠٤.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، ٢٠١٣/٢٩. ١٩٤٨. و تقابلها، المادة،(٨٢٤)، **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٩١٥) **معاملات مدنية إماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

(٣) الجرجاني، **التعريفات**، ص٢١٩.

(٤) البرنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقهية الكلية**، ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ/١٩٩٦م، ص ١٤.

(٥) القرافي، **الفروق**، ج١، ص٦.

وقال ابن رجب في مقدمة كتابه القواعد الفقهية: "فهذه قواعد مهمَّة وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلِعه من مآخذ الفقه على ما كان قد تغيَّب، وتنظِّم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيِّد له الشوارد وتقرِّب عليه كلّ متباعد[1]"، ولقد اعتنى الفقهاء بالقواعد الفقهية، فدونوا تلك القواعد في مؤلفات مستقلة، تحت مسمَّيات مختلفة كالأشباه والنظائر والفروق والقواعد الكبرى، والقواعد الفقهية كما هو دارج تسميتها الأنّ.

ورد في موضوع العُرف والعادة، قواعد كثيرة، أهمها قاعدة "العادة محكَّمة" والتي اعتبرها الفقهاء من القواعد الست الكبرى[2]، وهذه القاعدة وما تفرع عنها من قواعد لها أهميَّة كبيرة، فقد يُستعان بها في تفسير العقود وتكميلها ومعرفة معايير الأشياء التي لم يرد ضابط لها، وبعض هذه القواعد كما سنرى يمكن أنْ يُستعان بها في أكثر عن موضع في التفسير والتكميل والمعيار.

الفرع الأول: قاعدة " العادة محكمة"[3].

أولاً: معنى القاعدة: أنَّ العادة تَحكُمُ الكثير من التصرّفات التي لم يرد فيها نصٌّ، أو وردَ لكنه عامٌّ، فتكون هي الحَكَمُ في فضِّ النزاع بين الناس وبمقتضاها يَثبُتُ حُكمٌ شرعيٌّ، والعادة هنا بمعنى العُرف[4].

---

(١) ابن رجب، **القواعد الفقهية**، ص٧.

(٢) والقواعد الست هي: ١- إعمال الكلام أولى من إهماله، ٢- المشقة تجلب التيسير، ٣-الضرر يزال، ٤-اليقين لا يزول بالشك، ٥-الأمور بمقاصدها، ٦-العادة محكمة. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (ت:٩٧٠هـ)، **الأشباه والنظائر**، د ط، (تحقيق: عبد الكريم الفضيلي)، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م، ص١٢٩. آل هرموش، محمود مصطفى عبود، **القواعد الفقهية الإباضية**، ط١، ج١، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عُمان، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، ص٨١.

(٣) ابن بركة، **الجامع**، ج٢، ص٢٦٦. و السبكي، عبدالوهاب بن علي بن عبد الكافي، (ت:٧٧١هـ)، **الأشباه والنظائر**، د. ط، (تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض)، ج١،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ص٥٠، وابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص١١٥، والسيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٧٥، **ومجلة الأحكام العدلية**، المادة(٣٦)، ص١٢.

(٤) علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٤٠. أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**،ط١٠، دار القلم، دمشق، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ص٢١٩.

لهذه القاعدة أهمية كبيرة في الفقه الإسلامي، رجع إليها الفقهاء في كثير من المسائل، يقول السيوطي: "اعلم أنَّ اعتبار العُرف والعادة رُجِعَ إليه في الفقه في مسائلَ لا تُعدُّ كثرة[١]"، وهي تعبِّر عن مكانة العُرف في الشريعة وعلى يُسْرِ الإسلام، ومراعاته لمصالح الناس، ورفع الحرج عنهم، وقد يُستعان بها في تفسير مراد المتكلمين من ألفاظهم، وتقييد مطلق تصرفاتهم، فهي الحكم في النزاع بين الناس، حيث تكشف عن مرادهم من أفعالهم وأقوالهم[٢].

ولأهمية هذا القاعدة وبعض القواعد المندرجة تحتها في التشريعات القانونية فقد نصت عليها كُثير من القوانين العربية كالعراقي[٣]، و الأردني[٤] والإماراتي[٥]، والملاحظُ أنَّ قانون المعاملات المدنية العماني لم ينصَّ على هذه القاعدة رغم أهميتها.

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية، في مجال التفسير:

١- تفسير مراد المتكلّمين من ألفاظهم وتصرفاتهم، بحيث تُحمل على العادات والأعراف، ومن ذلك حمل النقود والأثمان في المعاوضات على نقد البلد وعملته، فلو اشترى رجلٌ من آخرَ سيارة واتفقا على أنْ يكون سعرها ألفين ولم يتفقا على العملة، فإنْ كانا في عُمان يُحمل على الريال العُماني، وإنْ كان في الأردن يحملُ على الدينار الأردني، ومن ذلك أيضاً حملُ ألفاظ الودائع والأمانات على حرز المثل الذي جرى العُرف والعادة به، فحرز الأشياء النفيسة كالذهب والمجوهرات والنقود يختلف عن حرز الاشياء ذات القيمة المنخفضة، وعليه لو وَضَعَ شخصٌ الوديعة في مكان ظاهر في البيت وكان ثميناً فعليه ضمانه؛ لما جرت به العادة أنَّ الأشياء الثمينة تُحفظ في مكان حصين ومُحكم بعيداً عن الأنْظار، ويَصعُبُ وصول اللصوص إليه، وكذلك ألفاظ الواقف والحالف والناذر والموصي، تحمل على ما جرت به العادات والأعراف، فلو حلف لا يأكل لحماً، وكانت عادتهم أكلَ

---

(١) السيوطي، **الأشباه والنظائر** ، ج١، ص١٧٥.

(٢) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص ١٠٠٨. والباحسين، يعقوب عبد الوهاب ، **قاعدة العادة محكمة**، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٢م، ص١٥٨.

(٣) **القانون المدني العراقي**، رقم، ١٩٥١/٤٠، المادة، ١٦٤.

(٤) **القانون المدني الأردن**، رقم ١٩٧٦/٣٤، المادة، ٢٢٢.

(٥) **قانون المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم ١٩٨٥/٥، المادة، ٤٦.

أنواع معينة من اللحوم كلحم البقر والماعز فلا يحنث بأكله لحم الضب [١]، وهذا ما أكَّدته المادة (٢٣٩)[٢]، مدني أردني ويقابلها المادة، (١٦٥)، المعاملات المدنية العماني، التي نصت على: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يُعدل عنها بحجة تفسيرها، للتعرُّف على إرادة المتعاقِدين، أمّا إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، ويستهدى في ذلك بطبيعة التعامل، وبالعُرف الجاري، وبما ينبغي أنْ يسودَ من أمانة وثقة بين المتعاقدين[٣]"، فقد اعتبر المشرّع القانوني العُرفَ وجعله حَكَماً في تفسير الألفاظ والتصرفات.

٢- التوكيل المطلق في البيع والشراء والإجارة وغيرها، تتقيّد بما جرى به العُرف، فلو وكل شخص أخرَ ببيع بيته ولم يحدِّد الثمن كان على الوكيل أنْ يبيعه بالثمن المتعارف، وهو ثمن المثل وكذلك في النقد إذا لم يحدَّد له فعليه أنْ يبعه بنقد البلد، وعملته المتداولة والمعروفة بين الناس، وكذلك في قبض الثمن مؤجلاً أم معجلاً، على الوكيل أنْ يراعي العُرف والعادة في ذلك فإنْ كان المتعارفُ قبض الثمن عاجلاً فليس له أنْ يبيع بثمن مؤجلٍ أو مقسطٍ[٤]، وهذا ما نصت علية المادة (١٤٩٨) من مجلَّة الأحكام، "للوكيل المطلق بالبيع أنْ يبيعَ مال موكّله نقداً أو نسيئةً لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال، وليس له أنْ يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة"[٥] وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني[٦]، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة، (٨٥٤)، "إذا كان الوكيل بالبيع غير مقيَّد بالبيع نقداً فلَه أنْ يبيعَ مالَ موكِّله نقداً أو نسيئةً حسب العُرف"، وتقابلها الفقرة الأولى من المادة،

---

(١) ابن عبدالسلام، **قواعد الأحكام**، ج٢، ص٢٢٧. وابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص١١٧، والسيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٨٠. وابن رجب، **القواعد الفقهية**، ص٣٣٤. ابن عابدين، **رسالة نشر العرف**، ص٢٥٣. والسالمي، **العقد الثمين**، ج٣، ص١٧٩-١٨٠. والباحسين، **قاعدة العادة محكمة**، ص١٦٣.

(٢) **القانون المدني الأردني**، رقم، ٦٣/ ١٩٧٦.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩.

(٤) ابن بركة، **الجامع**، ج٢، ص٢٩٣. و ابن عبدالسلام، **قواعد الأحكام**، ج٢، ص٢٢٥. وابن نجيم، **المرجع السابق**، ص١١٧. وعلي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٤٢. والباحسين، **المرجع السابق**، ص١٦٠.

(٥) **مجلة الأحكام العدلية**، ص١٧٧.

(٦) **القانون المدني الأردني**، رقم، ٦٣/ ١٩٧٦، المادة، ٨٥٤.

(٩٤٦)، الإماراتي[١]، ولم ينصَّ قانون المعاملات المدنية العماني على هذه المادة، على الرغم من أهميتها في حلِّ كثير من الخلافات والنزاعات التي تقوم بين الموكل والوكيل.

٣- الإجارة المطلقة تتقيد بما جرى به العُرف واستعمال الناس، فتأجير البيوت والشقق والمحلات والمزارع والسيارات والذهب والأدوات الكهربائية وغيرها ممّا تعارف الناس على تأجيره فإن استعماله والانتفاع به يتقيد بحسب العُرف، فلو أستأجر رجلٌ بيتاً ولم يحدِّد فيما يستعمله هل للسكنى أم مخزناً لسلع أم ورشة نجارة، هنا يُحتكم إلى العُرف فيما يستعمل ذلك البيت[٢]، وهذا ما نصّت عليه المادة (٥٤٥) من قانون المعاملات المدنية العماني: "لا يجوز للمستأجر أنْ يتجاوز في استعماله الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإنْ لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أُعدَّ له وعلى نحو ما جرى عليه العُرف، فإذا جاوز في الانتفاع حدود الاتفاق أو خالف ما جرى عليه العُرف وجب عليه تعويض ما ينجم عن فعله من ضرر[٣]".

٤- الإعارة المطلقة تتقيد بما جرى به العُرف في استعمالها، فلو استأجر رجل سيارة فأن يستخدمها في حدود المتعارف، فإن كان مثل تلك السيارة يُستخدم للتنقل فقط فليس له أنْ يحمل عليها الحيوانات؛ لأنّ عُرف الاستعمال قيَّدها بركوب الناس فقط دون تحميل الحيوانات عليها، ولو استأجرت امرأة من أخرى ذهباً، وجرى العُرف أنْ يستأجر الذهب ليُلبس في الأعراس فليس لها أنْ تلبسه وهي تعمل في المزرعة أو تذهب به إلى السوق، وهذا ما نصت عليه مجلَّة الأحكام العدلية في المادة (٨١٦): "إذا كانت الإعارة مطلقة أي لم يقيّدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في أيِّ مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده لكن يقيّد ذلك بالعُرف والعادة[٤]"، وقانون المعاملات المدنيّة العماني أخذ بذلك حيث نصَّت الفقرة الأولى من المادة (٦١٨):

---

(١) **قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم ١٩٨٥/٥**، المادة، ٩٤٦.

(٢) ابن عبدالسلام، **قواعد الأحكام**، ج٢، ص٢٢٧. والسيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٧٨. وعلي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٥٤٨. ويعقوب الباحسين، **قاعدة العادة محكمة**، ص١٦١.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، ٢٠١٣/٢٩**. وتقابلها المادة، ٦٩٣، من **قانون المدني الأردني، رقم، ٦٣/ ١٩٧٦**.

(٤) **مجلة الأحكام العدلية**، ص٩٣.

"للمستعير أنْ ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الإعارة المطلقة، التي لم تقيّد بزمن أو مكان أو بنوع من الانتفاع[1]".

الفرع الثاني: قاعدة " الحقيقة[2] تترك بدلالة العادة[3]".

أولاً: معنى القاعدة: أنَّ الحقيقة اللُّغويّة والتي هي الأصل إذا هُجرت وتُرك استعمالها فيما وضِعت له واستعملها الناس في معنى آخر، بحيث أصبح ذلك المعنى هو المفهوم لديهم والمتبادر إلى أذهانهم عند سماعه، أصبح ما اعتاده الناس هو الحقيقة بالنسبة لهم، والحقيقة اللُّغويّة تُصبح مجازاً عندهم لا يُصار إليها إلاّ بقرينة، فتُترك الحقيقة ويصار إلى العُرف، وعليه تفسّر ألفاظ الناس وتصرفاتهم على لغتهم وعرفهم وإنْ خالفت اللغة العربية[4]، ولم ينصّ قانون المعاملات العماني على هذه القاعدة ونصَّ القانون المدني الأردني عليها في الفقرة الثالثة من المادة(٢٢٠)[5].

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

١- ألفاظ الأيمان تنصرف إلى لغة الحالف وعرفه، فلو حلف لا يدخل بيتاً، لا يحنث بدخول المسجد بناءً على عرف الناس لتركهم تسمية المسجد بالبيت، مع أنَّ المعنى الحقيقي يسمى بيتاً أيضاً، كذلك من حلف لا يأكل بيضاً، فلا يحنث بأكله بيض السمك لأنّه مهجور في الاستعمال، وإنْ كان في اللغة البيض يُطلق على بيض السمك أو الدجاج[6].

---

(١) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، ٦٩٣، من **قانون المدني الأردني**، رقم، ٦٣/ ١٩٧٦.

(٢) عرفنا الحقيقة وذكرنا أقسامها في المطلب الأول من هذا المبحث. انظر: ص٦٨.

(٣) ابن عبد السلام، **قواعد الأحكام**، ج٢، ص٢٣٤. نص عليها ابن الهمام في التحرير، انظر: ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج١، ص٢٨٢. و السيوطي، الأشباه والنظائر، ج١، ص١٧٩. والسالمي، **طلعة الشمس**، ج١، ص٣٨٠. **ومجلة الأحكام العدلية**، ص١٢.

(٤) حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٤٤. و الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٨٠. و محمد مصطفى الزحيلي، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، ط٤، ج١، دار الفكر، دمشق، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م، ص٣٣٥. و شبير، محمد عثمان، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية**، ط٤، دار النفائس، الأردن، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م، ص٢٥٣.

(٥) **القانون المدني الأردني**، رقم، ٦٣/ ١٩٧٦.

(٦) ابن بركة، **الجامع**، ج٢، ص٨٩. و ابن رجب، **القواعد الفقهية**، ص ٣٣٤. و ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج٣، ص٧٦١.

٢- ألفاظ العقود بصيغة الماضي، نحو: بعتُ، واشتريتُ، ووهبتُ، وأجرتُ، ينصرفُ وينعقد العقد بها وإنْ كانتْ في الحقيقة اللُّغويّة للماضي، لكن جرى العُرف على أنَّ المقصود بها الحاضر[١].

٣- ألفاظ التوكيل تحمل على الحقيقة العُرفية، فلو وكّل شخص آخر بشراء دابّة، فإنّه ينصرفُ إلى ما يُطلق عليه دابة في عرفهم، فإنْ كان العُرف يُطلق الدابة على الفرس؛ ينصرف إليه، وإنْ كان في أصل اللغة أنَّ الدابة تطلق على كلّ ما يدب عل الأرض، فهي حقيقة مهجورة ومتروكة، وكذلك لو وكل شخص آخر في الخصومة، فإن المقصود في العُرف المرافعة وليست الخصومة بمعنى النزاع أو القتال فهذا المعنى متروك عرفاً، وكذلك لو وكله في شراء طعام فإنه ينصرف إلى عرفه فإن كان لفظ الطعام يطلق في العُرف على القمح ينصرف إليه دون اللحم مع أن في اللغة يطلق على اللحم أيضاً[٢].

وبناءً على ما سبق فإن القاضي عليه أن يفسِّر العبارات الغامضة في ألفاظ الناس في العقود على أعرافهم وعاداتهم، لا على ما تقتضيه اللغة، لأنّ اللغة قد تكون مهجورة وغير مراده للمتكلم، فمن الظلم ان يحمل لفظه على غير مراده، وهذا ما دلت عليه المادة(١٦٥)[٣]، من قانون المعاملات المدنية، جاء في تفسير العقد،" إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ"، والمقصود بالمعنى الحرفي للألفاظ الوضع اللغوي أو هو الحقيقة اللُّغويّة.

الفرع الثالث: قاعدة "التعيين بالعُرف كالتعيين بالنص[٤]".

أولاً: معنى القاعدة: هذه القاعدة متفرعة من قاعدة " العادة محكمة" وهي في مجال التفسير يقول الباحسين: "فهي تشخيص لقاعدة العادة محكمة في مجال التفسير والبيان لما هو مطلق غير منصوص عليه"[٥]، فكل عام أو مطلق إذا عينه العُرف بتخصيص أو تقييد ببعض أفراده، يصبح كالمنصوص

---

(١) البرنو، **الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية**، ص٣٠٠.

(٢) السالمي، **معارج الآمال**، ج٤، ص٦٥٥، حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٤٥. أحمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص٢٣١.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، ٢٣٩ في **القانون المدني الأردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

(٤) **مجلة الأحكام العدلية**، المادة: (٤٥)، ص١٢.

(٥) الباحسين، **العادة محكمة**، ص١٩٩.

عليه في العقد ويأخذ حكمه[١]، يقول خياط في معنى القاعدة : " أن ما عينه العُرف في أمر ما لم يرد فيه نص شرعي، وتعامل الناس على أساسه واشتهر فيما بينهم، أصبح له حكم التعيين بالنص، وقوة النص في فضّ الخصومات"[٢].

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

١- لو طلب المشتري تجربة المبيع، فإنَّ على المشتري أنْ يتقيَّد بما جرى عليه العُرف في حدود التجربة، جاء في المادة (٣٦٦)[٣] من القانون المعاملات المدنية العماني "لا يجوز للمشتري أن يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه ، فإذا زاد في الاستعمال زيادة لا يقصد منها التجربة لزم البيع[٤]".

٢- استغلال الأرض الزراعية في الإجارة وإن لم يعين النص حدود الانتفاع فإن العُرف هو من يعين ويقيد هذا الأمر، جاء في المادة (٥٦٨): من القانون المعاملات المدنية العماني" على المستأجر أن يستغل الأرض الزراعية وفقاً للاستغلال المألوف وعليه أن يعمل على أن تبقى الأرض صالحة للإنتاج وليس له أنْ يغير في طريقة الانتفاع بها تغييرا يمتد أثره إلى ما بعد انقضاء الإيجار[٥]".

٣- لو استعار شخص سيارة ولم ينص على نوع الاستعمال، فعليه أنْ يتقيد بالعُرف الجاري في الانتفاع بها، نصت الفقرة الأولى من المادة (٦١٨) من قانون المعاملات المدنية العماني:

---

(١) السدلان، **القواعد الفقهية**، ص٤٥٩. والباحسين، **المرجع السابق**، ص١٩٨. والقرالة، أحمد ياسين، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية**، ط١، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، ص١٥٢.

(٢) خياط، **نظرية العرف**، ص١٠٢.

(٣) وتقابلها المادة(٤٦٧)، **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣، والمادة (٥٠٠)، **المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥..

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٩٢/ ٢٠١٣.

(٥) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٩٢/ ٢٠١٣. وتقابلها المادة (٦١٣) **مدني مصري**، رقم، ١٩٤٨/١٣١، والمادة (٨٠٤) **مدني عراقي**، رقم، ١٩٥١/٤٠ و المادة (٧١٨) من **المدني الأردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣ والمادة (٨٠٤) **القانون الإماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

"للمستعير أنْ ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الإعارة المطلقة التي لم تقيد بزمن أو مكان أو بنوع من الانتفاع[١]".

المطلب السادس: تطبيقات العرف المفسِّر في المحاكم العمانية.

الفرع الأول: الانسحاب من الجمعية[٢].

أولاً: ملخص الواقعة: اشترك رجل في جمعية وبعد مضي خمسة أشهر توقف عن دفع المبلغ الشهري الذي شارك به، وطالب القائمين على الجمعية بدفع مستحقاته، ورفض القائمون عليها دفع مستحقاته قبل أنْ يحين دوره بحسب النظام المتعارف عليه.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية، رقم ٦٦/ في الطعن رقم ٢٠٠٥/٧١م، تاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٩م. جمعية (انسحب، دور، استلام).

انسحاب المشترك من الجمعية لا يخوِّله الحق في استلام ما دفعه فوراً قبل حلول دوره طالما هناك التزامات تعارف عليها جميع المشتركين المساهمين في الجمعية.

ثالثاً: التعليق على قرار المحكمة فيما استندت عليه:

استندت المحكمة إلى العرف، وراعت الالتزامات المتعارف عليها في الجمعية، والعرف هنا يفسّر ويبيّن وقت استحقاق المشترك في الجمعية نصيبه المقرر له.

---

(١) **قانون المعاملات المدنية العماني**، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٦٣٩)، **مدني مصري**، رقم، ١٩٤٨/١٣١. والمادة،(٧٧٢)، **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٨٦٣) **معاملات مدنية إماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

(٢) المحكمة العليا، **المبادئ القضائية**، سلطنة عُمان، مسقط، لسنة/٢٠٠٥، ص٣١٢-٣١٤.

الفرع الثاني: طريقة دفع الراتب([1]).

أولاً: ملخص الواقعة: تقاعد شخص من شركة و بطلب منه حوّلت الشركة راتبه إلى حسابه لدى البنك باعتباره مديناً له بمبلغ مالي، ووكيلاً عنه في إيداعه في الحساب، وبعد ذلك طالب الشركة بأنْ تسلّمه راتبه شخصياً، وليس إيداعه في الحساب البنكي.

ثانيــاً: قــرار المحكمــة العليــا العمانيــة، رقــم ٦٧/ فــي الطعــن رقــم ٢٠٠٥/٢٠٤م، تــاريخ ٢٠٠٦/١/٤م. راتب "استلامه":

- الأصل استلام الراتب باليد وهو ملك لصاحبه، الاستثناء: تحويل الراتب إلى المؤسسات المصرفية.

التزام "الالتزام عن الغير"

- الالتزام عن الغير أقرّه العرف والتعاملات والقواعد المصرفية، القاعدة العامة أنَّ الالتزام عن الغير أقرّه مصدر من مصادر الالتزام، مؤداه: عدم جواز التملّص من الالتزامات وحقوق الغير.
- من المسلّم به فقهاً وقضاءً أنّ الراتب ملكٌ لصاحبه يتسلَّمه ويتصرف به كما يحلو له والأصل أنَّ استلام الراتب باليد، إلاّ أنَّ هذا الدفع مردود على الطاعن لأنَّ هذا الأصل دخلت عليه الكثير من الاستثناءات، بل الواقع والقاعدة العامة المعمول بها حالياً والعرف المطبّق والمفروض بحكم التطور الهائل في المعاملات أصبح الراتب يحوّل إلى المؤسسات المصرفية.

الالتزام عن الغير أقّرّه العرف والقواعد المصرفيّة والتعاملات ولا يمكن تجاهله، وبالتالي التملّص من الالتزامات المنشأة وحقوق الغير، ويعتبر مصدراً من مصادر الالتزام وفقاً للقواعد العامة.

(١) المحكمة العليا، **المبادئ القضائية**، لسنة/ ٢٠٠٦، ٢٨٩-٢٩٣.

ثالثاً: التعليق على قرار المحكمة فيما استندت عليه:

استندت المحكة إلى العرف المعمول به في تحويل الرواتب إلى المصارف وأقرّته وقدّمته على الأصل وهو تسليم الراتب شخصياً، كما اعتبرت ما أقره العرف في مبدأ الالتزام عن الغير، والعرف هنا يفسر ويوضح طريقة الدفع التي تلتزم بها المؤسسات في صرف رواتب موظفيها.

المبحث الثاني: العرف المكمل للقانون العماني، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العرف المكمل للقانون والعقد.

المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف مكملا للعقد .

المطلب الثالث: قواعد العرف المكمل.

المبحث الثاني: العرف المكمل للقانون العماني، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العرف المكمل للقانون والعقد.

الفرع الأول: معنى التكميل.

كمل في اللغة من الكمال: وهو التمام، وتكامل الشيء، وأَكْمَلْت الشيء أي أجملته وتممته، وأكمله هو واسْتَكْمله وكمَّله[1].

الفرع الثاني: العرف المكمل للقانون[2].

تكميل القانون: هو إتمام وعلاج النقص الموجود في القانون المكتوب[3].

قد تعرض على القاضي قضية أو حالة ولا يجد لها نصّاً في القانون المكتوب، فيعتبر ذلك نقصاً في التشريع، ومشكلة تحتاج إلى حلّ، و تكميل النقص الموجود أمر ضروري لا بدَّ منه حيث لا يُتصور أنْ يكون هناك تشريع وضعي كامل لا نقص فيه؛ لأنّ طبيعة الحياة وتطورها وتشعب مسالكها وكثرة متغيراتها ومستجداتها تتطلب ذلك، بعكس التشريع الذي تبقى نصوصه ثابتة لفترات طويلة، مما يجعل من الصعوبة بمكان وضع تشريع لا يظهر فيه نقص على مرِّ الأيام، يقول الشهرستاني: "نعلم قطعاً ويقيناً أنَّ الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد؛ ونعلم قطعاً أيضاً أنّه لم يرد في كلّ حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً؛ والنصوص إذا كانت متناهية، والوقائع غير متناهية؛ وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، عُلم قطعاً أنَّ الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار؛ حتى يكون بصدد كلّ حادثة اجتهاد"[4].

---

(١) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: كمل ج١١، ص ٥٩٨. والرازي، **الصحاح**، مادة : كمل، ص٥٨٦.

(٢) المقصود بالقانون هو القانون المكتوب (التشريع).

(٣) حجازي، عبد الحي، **المدخل لدراسة العلوم القانونية**، د. ط، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢م، ص٥٣٨.

(٤) الشهرستاني، محمد بن عبد الكريم بن أبى بكر، (ت: ٥٤٨هـ)، **الملل والنحل**، د. ط، ج٢، مؤسسة الحلبي، د. ت، ص٤.

وبناءً على ما سبق فقد وضع فقهاء القانون طرقاً لتكميل هذا النقص، بعضها داخلية كالقياس الذي يقوم به القاضي لسد النقص، وبعضها خارجية كمبادئ القانون الطبيعي والعدالة والعرف، ودور العرف في تكميل التشريع دور طبيعي؛ لأنَّه مصدر تاريخي لأنظمة البشرية، ومعبر عن حاجاتها، ومنظم لتفاصيل معاملاتها اليومية، التي يعجز التشريع في بعض الأحيان عن تناولها، إمّا لكونه غفل عنها أو صعوبة احتوائها لتشعبها، ويبقى العرف مصدراً غنياً ومعيناً لا ينضب يكمّل ما نقص في التشريع في جميع فروع القانون الخاص والعام، بما فيها المعاملات المدنية[١].

ولأهمية العرف في تكميل التشريع فقد اعتبرته القوانين العربية من مصادر القانون المدني، وإنْ اختلف ترتيبه بين المصادر، فالمدني المصري[٢] والعراقي[٣] وضعاه في المرتبة الثانية بعد القانون مباشرةً، أمّا المدني الأردني[٤]، فوضعه في المرتبة الرابعة وقدّم عليه الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، وهو ما أخذ به قانون المعاملات المدنية العماني حيث نصت المادة (١) على ما يلي: "تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نصّ في القانون حكمت المحكمة بمقتضى الفقه الإسلامي فإذا لم يوجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف[٥]".

---

(١) الصدّه، **أصول القانون**، ص١٥٨. وحجازي، **المرجع السابق**، ج١، ص ٥٤٤-٥٥٥. و عبد الفتاح، **نظرية القانون**، ص١٩٧. و السعديّ، **تفسير النصوص**، ص٤٦-٥٦. و الصراف، عباس، و جورج حزبون، **المدخل إلى علم القانون**، ط١٦، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٧هـ -٢٠١٦م، ص٥٩-٦٢.

(٢) **القانون المدني المصري**، رقم، ١٩٤٨/١٣١ مادة:(٢).

(٣) **القانون المدني العراقي**، رقم، ١٩٥١/٤٠. مادة،(١).

(٤) **القانون المدني الأردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣، مادة، (٢).

(٥) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩.

الفرع الثالث: العرف المكمل للعقد:

معنى تكميل العقد في الفقه الإسلامي: "بيان ما ينشأ عن إصدار الإيجاب والقبول من أهلهما في محلّه من التزامات وواجبات يترتبان عليهما بطريق التبعيّة للمقصد الأساسي لهما، ومنع غيرها من الدخول فيهما(١)".

وعرّفه رجال القانون بتعريفات عدّه منها: سد النقص الطارئ على العقد الصحيح(٢). وقيل هو: بيان الالتزامات التي تترتَّب على العقد في ذمّة المتعاقدين(٣). وقيل هو: "إكمال النقص في التعبير عن الإرادة بما يتضمنه القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة العقد(٤)".

عندما يتفق العاقدان على أمور العقد يتركز على المسائل الجوهريّة فيه، وتبقى المسائل التبعيّة والتفصيليّة يتركها المتعاقدان إمّا بنسيانها أو للاتفاق عليها فيما بعد لكونها ليست من المسائل الجوهرية، وهذا الأمر قد يؤدي إلى النزاع بعد ذلك فيما يلتزم به كلّ من العاقدين، وقد اعتبر الفقهاء العرف هو من يحدد ما يلزم كلّ من المتعاقدين، يقول الزرقا: "إنّ الالتزامات التبعية الناشئة بعقد المعاوضة كأجرة السمسار وكتابة الصك... إلخ، إن سكت المتعاقدان فيه عن بيان ما يلتزم به كلّ منهما فقد اعتبر الفقهاء العُرف أولاً في إلزام كلّ منهما بما تُعورف أنَّه يلزمه(٥)"، كما أنّه قد يحصل النزاع حول ما يشمله المبيع وما لا يشمله، مثال قد يتفق العاقدان في البيع على تحديد السلعة وثمنها، وتبقى مسألة مكان التسليم ووقته وما يتبع المبيع، وهناك عدة أمور قد يُستعان بها في حلِّ النزاع بين المتعاقدين حول ما يشمله العقد وما لا يشمله، من هذه الأمور التي ذكرها الفقهاء: العرف، وهذا ما نصّت عليه المادة، (٢٣٠) من مجلَّة الأحكام العدلية حيث جاء فيها: " كلّ ما جرى العرف على أنّه

---

(١) سوزان، **تحديد نطاق العقد**، ص١١٢.

(٢) محمد وحيد الدين سوار، **النظرية العامة للالتزام**، ج١، مطبعة دار الكتاب، ١٣٩٦هـ/١٩٧٦م، ص٣١١. و حجازي، عبد الحي، **النظرية العامة للالتزام**، د. ط، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ص٥٦٦.

(٣) رمضان أبو السعود، **مصادر الالتزام**، ط٣، د. ن، ٢٠٠٣م، ص٢١٢. و الصّدة، عبد المنعم فرج، نظرية **العقد في قوانين البلاد العربية**، د. ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٤م، ص٤٧٠. ومصطفى عبد الجواد، **مصادر الالتزام**، د. ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، ٢٠٠٥م، ص٤٩٥.

(٤) الحديثي، خالد عبد حسين، **تكميل العقد**، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠١٢م، ص٥٦.

(٥) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٩٠.

من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر[1]"، ويقول الزرقا: "في باب شمول المبيع قرّر الفقهاء جملة من القواعد: "أنَّ كلّ ما جرى عرف الناس على تبعيته للمبيع يدخل في البيع بلا ذكر ويستحقه المشتري بلا ثمن إضافي[2]". وأمثلة ذلك: يدخل في بيع الدار المطبخ، وفي بيع الحديقة تدخل الأشجار، وفي بيع السيارة يدخل مفتاحها والإطار الاحتياطي، وفي بيع الهاتف النقال يدخل فيه الشاحن الكهربائي[3].

كما أنَّ الفقهاء وضعوا جملةً من القواعد والضوابط التي تُنظم هذا الجانب، وقد نصَّت عليها مجلَّة الأحكام العدلية[4]، نحو قاعدة العادة محكمة، وقاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ومن الضوابط ما ذكرَته مجلَّة الأحكام العدلية[5] ومنها: المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم المشتري، مثل أُجرة عدِّ النقود، والمصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع مثل أجرة الكيّال للمكيلات فهي تلزم البائع، وما يُباع محمولاً على الحيوان، كالحطب تكون أجرة نقله إلى بيت المشتري عل حسب العرف والعادة، وسنتناول هذه القواعد في المطلب الثالث من هذا المبحث.

تناول رجال القانون هذا الموضوع تحت مسمّى تحديد نطاق العقد، أو تحديد مضمون العقد، أو تحديد مكمِّلات العقد، بعد أن ينتهي القاضي من تفسير العقد والوقوف على إرادة المتعاقدين ينتقل إلى مرحلة تكميل العقد، ولا يكتفي هنا بذكر ما ورد في العقد بل عليه أن يقوم بتحديد مستلزمات العقد ومقتضياته والهدف من ذلك الوصول لإرادة المتعاقدين يقول سمير تناغو: "تكملة العقد تهدُف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل[6]"، ويحدد القاضي هذه

---

(١) **مجلة الأحكام العدلية**، ص٢٧. وعلي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص١٩٠.

(٢) **الزرقا، المرجع السابق**، ج٢، ص٨٩٠.

(٣) العوتبي، سلمة بن مسلم بن ابراهيم،(ت: ٤٥٣هـ)، **الضياء**، ط١، (تحقيق: رزق هيبة)، ج١٧، وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، سلطنة عمان، ص ٢٢٣. و النووي، يحيى بن شرف (ت: ٦٧٦هـ)، **المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي و المطيعي))** د. ط، دار الفكر، د. ت، ج١١، ص٢٥٦، وابن عابدين، **رد المحتار**، ج٦، ص٥٤. و السالمي، **العقد الثمين**، ج٤، ص٧٣. وعلي حيدر، **المرجع السابق**، ج١، ص٤٧و ١٩٠ و٢٤٥و٢٤٦. الزرقا، **عقد البيع**، ص٥٥-٥٩.

(٤) **مجلة الأحكام العدلية**، المواد من :٣٦-٥٠، ص١٢-١٣.

(٥) **مجلة الأحكام العدلية**، المواد من :٢٨٨-٢٩٢. ص٣٤. و علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٢٤٥-٢٤٦.

(٦) تناغو، سمير عبد السيد، **نظرية الالتزام**، د. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص١٣٨.

المقتضيات والمستلزمات بناءً على طبيعة الالتزام والقانون، والعرف والعادة، يقول الزرقا في شرح القانون المدني السوري: "فمن حيث المحل يجب الاّ يقتصر في تحديد نطاق العقد على ما يذكر صراحة في العقد بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء والعرف وقصد المتعاقدين[١]"، ودور العرف بأنّه يساعد في تحديد مضمون العقد وما يلتزم به المتعاقدين لأنّ المتعاقدين في الغالب يتفقان على المسائل الجوهرية في العقد تاركين المسائل التفصيلية دون تحديد، والمقصود هنا العرف المكمّل لمضمون الالتزام، ويحدد ما هو من مستلزماته، وليس العرف الذي يفسّر عبارة العقد الغامضة، ومن الأمثلة على ذلك: بيع المتجر يستلزم وفقاً للعرف دخول الدفاتر، والتي فيها الديون والحقوق، ومن العرف ما يسمى بالشروط المألوفة في العقد مثل النسبة المئوية التي تضاف في الحساب كما في الفنادق والمطاعم وشركات الطيران، فكلّ هذا يحدده العرف[٢].

هذا وقد ذهب قانون المعاملات المدنية العماني إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي وما ذهبت إليه القوانين العربية كالمصري[٣] والعراقي[٤] والأردني[٥]، في الرجوع إلى العرف لتحديد نطاق العقود وتكميل مستلزمات العقد ومقتضياته، حيث أشارت المادة، (٧٩) إلى ما يلي: "إذا اتفق الطرفان على العناصر الأساسية للعقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أنْ العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تحكم فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف[٦]".

---

(١) الزرقا، مصطفى أحمد، **شرح القانون المدني السوري**، ط٤، ج١، مطبعة الحياة، دمشق، سوريا، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م، ص٣٢٨.

(٢) السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدن**، ج١، ص ٢١٨-٢١٩، و٦٢١. و أنور سلطان، **النظرية العامة للالتزام**، د. ط،، ج١، دار المعارف، ١٩٦٥م، ص٣٤٥-٣٤٨. و فرج، توفيق حسن، **النظرية العامة للالتزام**، د. ط، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، مصر، ١٩٦٩م، ص٢٦٩-٢٧٠. والشرقاوي، جميل، **النظرية العامة للالتزام**، د. ط، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩١م، ص٤٠٧-٤٠٨. القضاة، **المذكرات الإيضاحية**، ص٩٦و ٢٠٣-٢٠٤. والجبوري، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**، ج١، ص١٠٠-١٠١ و ٣٨٦-٣٨٧.

(٣) **القانون المدني المصري**، رقم ١٩٤٨/١٣١، المادة، (٩٥).

(٤) **القانون المدني العراقي**، رقم ١٩٥١/٤٠، المادة،(٨٦).

(٥) **القانون المدني الأردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣، المادة، (١٠٠).

(٦) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩م.

ونصت المادة، (١٥٦) على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ولا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التصرف[١]".

وهناك فرق بين تكملة العقد في المادة ،(٧٩) و بين تكملته في المادة، (١٥٦)، حيث أنّه في المادة الأولى التكملة خاصة، تكون في حالة الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية والثانوية التي لم يتفق عليها، أما التكميل في المادة الثانية، فالتكملة عامّة تشمل الثانوية وغيرها من المسائل التي لم يصرّح بها المتعاقدان والتي تعد من مستلزمات العقد ومقتضياته[٢].

الفرع الربع: الفرق بين تكميل العقد وتفسيره:

يلتقي التكميل مع التفسير في نقاط عدة، أهمها: كلاهما يهدف إلى تحديد نطاق العقد، وكلاهما يردُ على عقد صحيح، ولكن هذا الاتفاق لا يمنع من وجود فوارق بين تكميل العقد وتفسيره نوجزها في النقاط التالية:

١) السبب في التكميل هو نقص في تنظيم العقد، أما السبب في التفسير فهو غموض عبارة العقد.
٢) التكميل يهدف إلى سد النقص الطارئ في العقد، أمّا التفسير فإنه يهدف إلى البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.
٣) القاضي يبحث عن تكميل النقص في العقد عن طريق مصادر خارجية يستنتج منها أحكام إضافية غير موجودة فيه، أمّا التفسير فالحل يكمن في العقد نفسه وعلى القاضي أن يستنتجه باستخدام وسائل التفسير.

---

(١) **قانون المعاملات المدنية العماني، رقم ٢٠١٣/٢٩م**. وتقابلها المادة،(١٤٨) **مدني مصري**، المرجع السابق. والمادة (١٥٠)، مدني عراقي، **المرجع السابق**. والمادة، (٢٠٢) مدني أردني، **المرجع السابق**. و **معاملات إماراتي**، رقم ١٩٨٥/٥م. المادة، (٢٤٦).

(٢) مصطفى، **مصادر الالتزام**، ص٤٦٠.

٤) التكميل مسألة موضوع، لذلك هي تخضع لرقابة المحكمة العليا، أما التفسير فهي مسألة واقع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا[١].

المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف مكمِّلاً للعقد

الفرع الأول: تحديد مكان سعر السوق:

جوّز ابن تيمية، وابن القيم البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن، وصورت هذا البيع ذكرها صاحب إعلام الموقعين بقوله: " وصورتها البيع ممن يعامله من خباز أو لحّام أو سمّان أو غيرهم يأخذ منه كلّ يوم شيئاً معلوماً ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ويعطيه ثمنه[٢]"، وفي جواز ذلك يقول ابن تيمية: "والمرجع في الأجور إلى العرف، وكذلك في البيع... فيجوز الشراء بالعوض المعروف، والاستئجار بالعوض المعروف[٣]"، ويقول في الاختيارات: " صحة البيع بدون تسمية الثمن؛ لانصرافه إلى ثمن المثل[٤]"، وعلّلوا ذلك بأنّه ممَّا جرى عليه العمل، وحاجة الناس اليومية له تجري مجرى الضرورة[٥]، وهذا يشبه ما أجازه متأخرو الحنفية بما يسمّى ببيع الاستجرار وقد بيّنه ابن عابدين بقوله: "ووجهه أنَّ ثمن الخبز معلوم فإذا انعقد بيعاً بالتعاطي وقت العقد مع دفع الثمن قبله، فكذا إذا تأخّر دفع الثمن بالأولى، وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوماً وقت الأخذ مثل الخبز واللحم[٦].

---

(١) حجازي، **النظرية العامة للالتزام**، ج١، ص٥٦٧-٦٧٠. والصّدة، عبد المنعم فرج، **مصادر الالتزام**، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص٣٥٤. و وحيد الدين سوار، **النظرية العامة للالتزام**، ج١، ص٣١١. والحديثي، **تكميل العقد**، ص٦١-٦٣.

(٢) ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ص٧١٤،

(٣) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني (ت: ٧٢٨هـ)، **العقود**، د. ط، دار السنة المحمدية، القاهرة، مصر، ص١٦٤-١٦٥.

(٤) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني (ت: ٧٢٨هـ)، **الاختيارات الفقهية**، ط١، م١، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، السعودية،١٤٣٥هـ، ص٤٠٧.

(٥) ابن تيمية، **العقود**، ص١٦٥. وابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الجوزية، (ت: ٧٥١هـ)، **بدائع الفوائد**، د. ط، ج٤، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،، ص٥٠-٥١.

(٦) ابن عابدين، **ردّ المحتار**، ج٤، ص٥١٦.

وذلك خلافاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من، الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والإباضية[٥]، فقد قالوا لا يصح البيع من دون تسمية الثمن، لوجود الجهالة والتي قد تفضي إلى النزاع[٦].

وقد أخذت القوانين العربية بما ذهب إليه الحنابلة، وأجازت البيع بسعر السوق وهو المكان الذي يحدث فيه البيع والشراء على نطاق كبير ولا يقتصر على ما يُعرف اليوم بالبورصة، كما هو الحال في الأسواق العُمانية المشهورة كسوق مطرح وسوق نزوى وغيرها، ولم تشترط القوانين تعيين الثمن وإنّما يكفي أنْ يكون قابلاً للتعيين ومن ذلك الاتفاق على سعر السوق، فإنْ لم يكن في تلك المنطقة سوق فإنه يرجع إلى العرف في تحديد السوق الذي تكون أسعاره سارية على تلك المنطقة فالعرف هنا يكمِّل العقد، حيث أنَّ المتعاقدين لم يتفقا على السوق الذي تسري عليهم أسعاره فقام العرف بتكميل ما سكت

---

(١) البلدحي، عبد الله بن محمود بن مودود، (ت: ٦٨٣هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، د. ط، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت،١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م، ص٥.

(٢) الثعلبي، محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر،(ت: ٤٢٢هـ)، **التلقين في الفقة المالكي**، ط١، ج٢، (تحقيق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني)، دار الكتب العلمية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ص١٥١.

(٣) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، **الوسيط في المذهب**، ط١، ج٣، (تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر)، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ، ص٣٣. و العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، (ت: ٥٥٨هـ)، البيان **في مذهب الإمام الشافعي**، ط١، ج٥، (تحقيق: قاسم محمد النوري)، دار المنهاج - جدة، ١٤٢١ هـ- ٢٠٠٠ م، ص١٠٦.

(٤) ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي،(ت: ٦٨٢هـ)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، د. ط، ج٤، دار الكتاب الجامعي، د. ت، ص٣٣. و ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، (ت: ٧٦٣هـ)**الفروع ومعه تصحيح الفروع**، (تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ط١، ج٦، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ص١٥٥.

(٥) اطفيش، **شرح النيل**، ج٦، ص٣٧٦.

(٦) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤، ص٤-٥. و ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: ٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط٢، ج٥، دار الكتاب الإسلامي، ص٢٩٤. و شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، (ت: ١٠٧٨)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، د. ط، ج٣، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ص١١-١٢.

عنه المتعاقدان، مثال ذلك إذا اتفق المتعاقدان في ولاية بوشر على أنْ البيع يكون بثمن السوق، ولم يكن في تلك المنطقة سوق، فإنَّ العرف قد يحدِّد أسعار سوق مطرح هي السارية على عقدهم[١].

ونصت المادة، (٣٦٨)، من قانون المعاملات المدنية العماني، على هذا الأمر: "إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأنْ تكون أسعاره سارية[٢]".

والملاحظ أنَّ القانونين المصري والعراقي اعتبرا سعر السوق وقت تسليم المبيع، بينما ذهب الأردني والإماراتي وأخذ به العماني حيث اعتبروا سعر السوق وقت البيع.

الفرع الثاني: مشتملات المبيع:

مشتملات المبيع: كلّ ما يُعد مكمِّلاً للمبيع، وبها يكتمل الانتفاع بالمبيع[٣]، وقد وضع فقهاء الحنفية قواعد تحدّد ما يدخل في المبيع تبعاً دون تصريح، وتحسم النزاع في كلّ مبيع وهي:

١- كلُّ ما يتناوله اسم المبيع يُعدُّ جزءاً حقيقيّاً من المبيع بحسب مدلول اسمه، مثال: بيع الدار يدخل الغرف فيها.
٢- كلُّ ما كان جزءاً من المبيع ولا ينفك عنه؛ نظراً لغرض الاشتراء، مثال: بيع القفل يدخل معه مفتاحه.
٣- كلُّ ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار[٤]، وهذه القاعدة مجالها العقارات، مثال: تدخل في الدار الرفوف والأبواب.

---

(١) السنهوري، **الوسيط**، ج٤، ص٣٧٦. و الزحيلي، **العقود المسماة**، ص٥٦. و الفضلي، **الوجيز في العقود المدنية**، ص٧٠. و الزعبي، محمد يوسف، **عقد البيع في القانون الأردني**، ط١، د. ن،١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م، ص١٧٩-١٨٠. الجبوري، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**، ج١، ص٣٦٢. والقضاة، **المذكرات الإيضاحية**، ص٤٥٦.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٤٢٣) **مدني مصري**، رقم ١٩٤٨/١٣١. والمادة، (٥٢٧) **مدني عراقي**، رقم ١٩٥١/٤٠. والمادة، (٤٧٨) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٥٠٤) **معاملات إماراتي**، رقم ١٩٨٥/٥.

(٣) العبودي، **شرح أحكام العقود المسماة**، ص١٣٣.

(٤) يقول الزرقا:" وضابط اتصال القرار أن يكون الشيء موضوعا على وجه الدوام لا ليرفع ويحول. الزرقا، **عقد البيع**، ص٥٧.

٤- كلُّ ما جرى العرف أنَّه يكون تابعاً للمبيع عند البيع، مثال: مفتاح المنزل يدخل في البيع بمقتضى العرف.

٥- كل ما كان من توابع المبيع، التي تسمى في العادة الحقوق والمرافق، مثال: إذا باع أرضاً بجميع حقوقها ومرافقها يدخل فيها حق المسيل والمرور وإنْ لم يصرَّح به في العقد[١].

و قد سئل العلّامة السالمي عن رجل باع ماله أصلاً أو خياراً، وفي المال أشجار وآبار وبيوت، هل تدخله هذه الأشياء في جميع المبيع إن لم تستثن حال صفقة البيع؟ فأجاب: " نعم يرجع بمثل ذلك إلى العرف، فإن العرف مبني على التعامل ما لم يقع على محرم شرعاً[٢]".

وقد أخذت بعض القوانين العربية كالقانون العراقي[٣] والأردني[٤] والإماراتي[٥]، بما ذهب إليه فقهاء الحنفية في تحديد مشتملات المبيع، واعتبرت العرف أحد تلك العوامل التي تحدِّد مشتملات المبيع وتوابعه وإنْ لم ينص عليها صراحة، فالعرف مكمِّل لعقد البيع، فإذا ما اتفق المتعاقدان على كلِّ المسائل الأساسية في العقد وحدث نزاعٌ حول الأشياء الجزئية وهل يشملها المبيع، فإن القاضي يستعين بالعرف ليكمِّل العقد، وهو يختلف باختلاف الزمان والمكان، فما يُعدّ في العرف سابقاً من توابع المبيع قد يُعدّ الآن ممَّا أعد للاستعمال بصفة دائمة، وما يُعدّ في مكان من توابع المبيع قد يعدّ في مكان آخر من ملحقاته، مثال: الغطاء الذي تغطى به السيارة يعتبر من توابعها عرفاً[٦].

وهذا ما أخذ به القانون العماني حيث نصّت المادة (٣٨١) على ما يلي: "يشتمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار، وما أُعد لاستعماله بصفة دائمة وفقاً لما تقضي به طبيعة الشيء المبيع، وكل ما جرى العُرف على أنَّه من توابع المبيع، ولو لم تذكر في العقد[٧]".

---

(١) حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص١٩٠-١٩٧. و الزرقا، **المرجع السابق**، ص٥٥-٥٨.

(٢) السالمي، عبد الله بن حميد (ت:١٣٣٢هـ)، **جوابات الإمام السالمي**، ط١، ج٥، مكتبة الإمام السالمي، بدية، سلطنة عُمان، ٢٠١٠م، ص١٧٣.

(٣) **القانون المدني العراقي**، رقم، ١٩٥١/٤٠، المادة، (٥٣٧).

(٤) **القانون المدني الأردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣، المادة، (٤٩٠).

(٥) **قانون المعاملات المدنية الإماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥، المادة، (٥١٧).

(٦) الزحيلي، **العقود المسماة**، ص٧٣. و الزعبي، **شرح عقد البيع**، ص٢٩٦. و السرحان، عدنان، **شرح أحكام العقود المسماة**، ط١، دار وائل، عمّان، الأردن، ٢٠٠٥م، ص٢٢٩. والقضاة، **المذكرات الإيضاحية**، ٤٥٩.

(٧) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩.

الفرع الثالث: إرسال المبيع إلى المشتري:

أُخذ هذا الحكم من الفقه الحنفي كما أشارت المذكرة الإيضاحية[١] للقانون المدني الأردني، الأصل أنَّ التسليم يتم في مكان المبيع وقت العقد، وهذا إذا لَم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين على مكان التسليم، فقد يَترُك المتعاقدان تحديدَ مكانِ التسليم بعد أنْ يتّفقا على الأمور الرئيسة في العقد، وعندها يُنظر إلى العرف الجاري في ما يخص مكان التسليم ليكمل العقد فالعرف يحدِّد مكان تسليمِ كثيرٍ من المبيعات، كأن يكونَ العرف يقضي بإرسال المبيع إلى منزل المشتري، كما في بيع الأثاث الذي يحتاج إلى تركيب، وكما في بيع الأجهزة الكهربائية التي تحتاج إلى التدرّب على كيفية استعمالها، فإذا ترك ما جرى به العرف يعتبر العقد غير مكتمل؛ لأنَّ التسليم يعتبرُ غيرَ تامٍّ[٢].

وأخذ القانون العماني بذلك، واعتبر العرفَ مكملاً لعقد البيع فيما يخص تحديد مكان تسليم المبيع، ونصّت المادة، (٣٨٨) على ذلك: "١) يلتزم البائع بتسليم المبيع في محل وجوده وقت العقد. ٢) إذا تضمّن العقدُ أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه مالم يوجد اتفاق على غير ذلك[٣]".

الفرع الرابع: مكان ردِّ العارية:

ذهب الفقهاء[٤] إلى أنَّ المستعير يصحُّ أنْ يردَّ العارية إلى المحل الذي جرت العادة والعرف على أن يتم التسليم فيه، كمن استعار حصاناً فإنَّه يردُّه إلى إصطبل المعير أو إلى السائِس، والأشياء ذات القيمة التافهة يصحُّ أنْ تردَّ عند الصبي، أو الزوجة أو الخدم، والأشياء النفيسة يجب أن تردّ إلى المعير نفسه؛ لما جرى عليه العرف والعادة أنّ مثل هذه الأشياء لا تسلم للخدم والصبيان، قال صاحب

---

(١) القضاة، **المذكرات الإيضاحية**، ص٤٦٢.

(٢) حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٢٤٤-٢٤٥. الزعبي، **عقد البيع**، ص٤٦٧-٤٦٨. و محمود حمزة، **التبسيط في شرح القانون**، ج٤، ص١٢٠. و العبودي، **شرح أحكام العقود المسماة**، ص١٤٠.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٤٩٩) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٥٣٠) **معاملات إماراتي**، رقم ١٩٨٥/٥.

(٤) ابن قدامة، **المغني**، ج ٥، ص١٦٦. و ابن مفلح، **المبدع**، ج٥، ص١٢. و ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٥، ٦٨٣. وحيدر، **درر الحكام**، ج٢، ص٣٥٨-٣٥٩.

كشاف القناع: " (وإن ردَّها) أي المستعير الدابَّة (أو) ردَّ(غيرها) من العواري (إلى من جرت عادته بجريان ذلك) أي الرد (على يده كسائس) رد إليه الدابة، (و) ك (زوجته متصرِّفة في ماله وخازن) إذا ردّ إليهما ما جرت عادتهما بقبضه (و) ك (وكيل عام في قبض حقوقه قاله) القاضي (في المجرد برئ) المستعير من الضمان؛ لأنه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أُذن له فيه نطقاً[١]"، فالعرف هنا يكمّل عقد العارية حيث يحدّد مكان تسليمها إذا لم يتفق المعير والمستعير على مكان الذي ترد فيه العارية.

واعتبر قانون المعاملات المدنية العماني اعتبار المكان الذي يقضي به العرف في رد العارية، وذلك إذا لم يتفق المتعاقدان على مكان الرد فيأتي العرف ويكمل هذه الجزئية التي لم يتفق عليها المتعاقدان، وإذا لم يحدّد مكان ردّ العاريّة سواءً بالاتفاق أو بالعرف، فإنّ القانون حدّد المكان الذي أُعيرت فيه، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادة (٦٢٥) على ما يلي: " ٢- يجب رد العارية في المكان المتفق عليه وإلا ففي المكان الذي أعيرت فيه أو الذي يقضي به العرف[٢]".

الفرع الخامس: توابع العمل:

يحتوي عقد العمل على أمورٍ رئيسة لا بدَّ من ذكرها في العقد، كما أنْ يحتوي على أشياء تفصيلية قد لا يتناولها العاقدان عند الاتفاق وهي ما يسمى بتوابع العمل و عند حدوث نزاع أو اختلاف فقد قرر الفقهاء[٣] أنَّ المرجع في تحديد تلك التوابع هو العرف، فما قضى به العرف أنَّه على العامل فهو ملزم به، وما قضى أنَّه على صاحب العمل فهو ملزم به، يقول صاحب البدائع: "وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكرَ لها في العقود: إنَّها تحمل على عادة كلِّ بلد، حتَّى قالوا فيمن استأجر رجلاً يضرب له لبناً: أنَّ الزنبيل[٤] والملبن على صاحب اللبن، وهذا على عادتهم[٥]"، وتوابع العمل وإنْ لم

---

(١) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٤، ٧٤.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها الفقرة الثانية من المادة، (٧٧٩) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

(٣) الكاساني، **المرجع السابق**، ج٤، ص٢٠٩. والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص٢٣. و الرملي، محمد بن أبي العباس، (ت: ١٠٠٤هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، د ط، ج٥، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ص٢٩٦.

(٤) الزنبيل: الرجراب، وقيل الوعاء يحمل فيه. انظر :ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: زبل، ج١١، ص٣٠٠.

(٥) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٤، ص٢٠٩.

تشترط في العقد فإنَّ العرف يكمّل عقد العمل، وهذا ما نصت عليه مجلَّة الأحكام العدلية في المادة: (٥٧٤) "كلّ ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها، كما أنَّ العادة في كون الخيط على الخياط[١]"، ومن الأمثلة على ذلك إخراج الخبز من التنور على الخباز، والصحون في غرف الطعام على الطباخ، وأوراق الطباعة على الطبّاع وغيرها من التوابع[٢].

وأخذَ قانون المعاملات المدنية العماني برأي الفقهاء حيث نصت المادة: (٦٥٨) على أنْ "يلتزم العامل بكلِّ ما جرى العرف على أنَّه من توابع العمل ولو لم يشترط في العقد[٣]".

المطلب الثالث: قواعد العرف المكمل

الفرع الأول: قاعدة "العادة محكمة[٤]".

أولاً: معنى القاعدة[٥]: يمكن الاستعانة بهذه القاعدة في تكميل العقد، يقول الزرقا في معرض حديثه عن هذه القاعدة: "فهي تعبّر عن مكانة العُرف واعتباره في الشريعة الإسلامية، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل[٦]"، بمعنى أنَّ العادة يُحتكم إليها عند حدوث النزاع بين الناس حول ما يتعلق بالأمور التفصيلية في العقد، التي لم يتفق المتعاقدان على تنظيم أمورها، فتقوم العادة بحسم النزاع فيها وبيان مستلزمات العقد[٧]، وهذا ما نصت عليه

---

(١) **مجلة الأحكام العدلية**، ص٦٣.

(٢) ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٦، ص٥٤. و حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٦٠٢.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة: (٨١٥)، من **القانون المدني الأردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

(٤) ابن بركة، **الجامع**، ج٢، ص٢٦٦. و السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٥٠، وابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص١١٥، والسيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٧٥، **ومجلة الأحكام العدلية**، المادة(٣٦)، ص١٢.

(٥) ذكرنا معنا هذه القاعدة في ص٩٠.

(٦) الزرقا، **المدخل الفقهي**، ج٢، ص١٠٠٨.

(٧) أحمد الزرقا، **القواعد الفقهية**، ص٢١٩. و القرالة، **القواعد الفقهية**، ص١٤٥، و آل هرموش، **القواعد الفقهية الإباضية**، ج١، ص٢٣٠.

المادة،(١٥٦): "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، ولا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التصرف[١]".

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

١- حقوق الارتفاق المتعلقة بالعقار كحقّ الشرب وحقّ المسيل وحق الطريق وحق المرور، هذه الحقوق وإنْ لم يتفق عليها المتعاقدان في العقد فإنَّ العُرف قد حدَّد ما يتبع العقار من حقوق، فإذا ما حدث نزاع فالقول للعادة والعرف في حسمه[٢].

٢- ردّ العاريّة إلى المكان الذي يقضي به العرف والعادة بأنْ تسلم مثل تلك العارية في مكان تعارف الناس أن ترد فيه، مثال: إذا استعار شخص من أخر سيارة واستلمها من مقر عمل المُعير ولم يتفقا على مكان ردها، وجرت العادة في تلك البلاد أن من استعار سيارة يردها إلى موقفها المخصص أمام منزل المعير، فالعادة هنا تلزم المستعير برد العارية إلى المكان الذي قضى به العرف[٣]، وهذا ما نصت عليه المادة، (٦٢٥) على ما يلي: "٢- يجب ردّ العارية في المكان المتفق عليه وإلا ففي المكان الذي أعيرت فيه أو الذي يقضي به العرف[٤]".

الفرع الثاني: قاعدة "استعمال الناس حجة يجب العمل بها[٥]":

أولاً: معنى القاعدة: استعمال الناس يعني اعتيادهم وتعاملهم، والاستعمال له وجهان قولي وعملي، والمراد هنا هو العملي، يقول أحمد الزرقا: "وإذا أُريد بالاستعمال العرفي العملي يكون موضوع المادة غير داخل تحت الخلاف وهو أولى"[٦]، إن تعامل الناس وتعارفهم على أمرٍ لم يرد فيه نصٌّ أو

---

(١) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة،(١٤٨) **مدني مصري**، رقم، ١٩٤٨/١٣١. والمادة (١٥٠)، **مدني عراقي**، رقم، ١٩٥١/٤٠. والمادة، (٢٠٢) **مدني أردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٢٤٦)، **معاملات إماراتي**، رقم ١٩٨٥/٥م.

(٢) خياط، **نظرية العرف**، ص١١٠-١١٥.

(٣) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٤، ٧٤. وعلي حيدر، **درر الحكام**، ج٢، ص٣٥٨-٣٥٩.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها الفقرة الثانية من المادة، (٧٧٩) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

(٥) **مجلة الأحكام العدلية**، المادة، (٣٧)، ص١٢.

(٦) أحمد الزرقا، **القواعد الفقهية**، ص٢٢٣.

اتفاق، فإنَّ ما جرى به استعمالهم يكون ذلك الأمر ثابتاً ويجب عليهم الأخذ به، وهذه القاعدة مؤكدة ومرادفة ومساوية لقاعدة العادة محكمة(١).

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

١- إذا استعان شخص بآخرَ لشراءِ مالٍ وبعد أنْ تمَّ البيع والشراء طالب المستعان به بأجره، فينظر إلى تعامل الناس في السوق فإذا كانَ من مثلُه يعطى فله أجرة المثل.
٢- لو أهدى شخصٌ لآخر شيئاً من الطعام فإنْ كان الصحن من البلاستيك فالعُرف وما عليه عادة الناس أنّه لا يرد، بعكس ما لو كان الهدية في صحن من خزف وذات جودة في الصنع فإنَّ العرف يقضي بردِّه.
٣- أجرة مكاتب السماسرة من يقوم بدفعها إنْ لم يكن هناك اتفاق؟، ينظر إلى ما جرى عليه عرف، فإن تعارف الناس أنْ تكون على المشتري كما هو متعارف في عُمان، أو على البائع كما في بلدان أخرى.
٤- من استأجر عاملاً يعمل في المزرعة بشكل يوميٍّ، يبقى مدة العمل اليوميّة، فيقوم العرف بتكميل هذه الجزئية من العقد، وذلك بتحديد عدد الساعات اليومية للعامل.
٥- إذا اشترى شخص معدّات زراعية حديثة، أو أدوات كهربائية تحتاج إلى تركيب وتدريب فإنّ البائع يقوم بتوصيلها وتركيبها وتدريب المشتري على استخدامها؛ لما جرى عليه العرف العملي في مثل هذه الأشياء(٢).

وهذا ما ذكرته الفقرة الثانية من المادة (٣٨٨) من قانون المعاملات المدنية العماني "إذا تضمن العقد أو اقتضى العقد إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتمّ التسليم إلا إذا وصل إليه مالم يوجد اتفاق على غير ذلك(٣)".

---

(١) أحمد الزرقا، **القواعد الفقهية**، ص٢٢٣. والباحسين، **العادة محكمة**، ص١٩١. والقرالة، **القواعد الفقهية**، ص١٥٩.

(٢) علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٤٢. السنهوري، **مصادر الحق**، ج٦، ص٤٤. و السدلان، صالح بن غانم، **القواعد الفقهية الكبرى**، ط١، دار بلنسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٧هـ، ص٣٩٥.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٤٩٩) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٥٣٠) **معاملات إماراتي**، رقم ١٩٨٥/٥.

الفرع الثالث: قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[١]":

هذه القاعدة متفرعة من القاعدة الأم " العادة محكمة"، و وردت هذه القاعدة بألفاظ عدة في كتب الفقه، كلها تدور حول هذا المعني، من هذه الألفاظ كما جاء في شرح المجلَّة لحيدر، "الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي"، و"المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً" و"المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ [٢]".

أولاً: معنى القاعدة: كلُّ ما تعارف الناس عليه وتعاملوا به وإنْ لم يُشترط ولم يُنص عليه في العقود والمعاملات صراحةً، فإنَّه ما تعارف عليه يعتبر بمثابة الشرط الصريح ويقوم مقامه، ويصبح ملزماً كالشرط[٣]، يقول أبو سنة: "أنَّ الشيء المعتاد في المعاملات يلزم في العقد كما لو نص عليه فيه نصاً صريحاً[٤]".

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

١- لو اشترى شخص بقرة وتبيّن له أنّها غير حلوب فأراد ردَّها، فإنَّه ينظر إلى العرف، فإن كان قصاباً معروفاً بأنَّه يشتريها للذبح لا ترد، وإذا تبين أنَّه يشتريها لأجل أنْ ينتفع بالحليب فإنها ترد[٥].
٢- على صاحب السفينة التي تنقل الرَّكاب أنْ يجدّ في السير ولا يقف في السواحل، وإنْ لم يشترط ذلك في العقد، فإنَّه شرط عُرفي لا يحتاج فيه الرَّاكب إلى ذكره[٦].
٣- لو اختلف البائع والمشتري في ما يدخل في البيع وما لا يدخل، كمفتاح السيارة وخطام البعير وغيرها، فالعرف يحكم هنا[٧]، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٨١) من القانون العماني: "يشتمل

---

(١) ابن نجيم، **الاشباه والنظائر**، ص١٢٢.

(٢) حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٤٦-٤٧.

(٣) أحمد الزرقا، **القواعد الفقهية**، ص٢٣٧. والباحسين، **العادة محكمة**، ص١٩٦. والقرالة، **القواعد الفقهية**، ص١٤٩.

(٤) أبو سنة، **العرف والعادة**، ص١٦٩.

(٥) حيدر، **المرجع السابق**، ج١، ص٤٧.

(٦) الكندي، محمد بن إبراهيم، (ت:٥٠٧هـ)، **بيان الشرع**، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ج٦، ص١٠٥.

(٧) الكندي، أحمد بن عبدالله بن موسى، **المصنف**،(ت:٥٥٧هـ)، ج٢٥، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٥هـ/١٩٨٤م، ص٦٩.

التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعدَّ لاستعماله بصفة دائمة وفقاً لما تقضي به طبيعة الشيء المبيع وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع، ولو لم تذكر في العقد".

٤- لو طلب صاحب البضاعة من الحمّال نقلها إلى المنزل هل يدخلها أم يضعها عند الباب؟، ينظر في ذلك إلى العرف إنْ كان يُشترط عرفاً إدخالها إلى المنزل وجب عليه إدخالها، وإنْ كان العرف يكتفي بوضعها عند الباب فلا يلزم عليه إدخالها[١]، جاء في المادة (١٥٦) من القانون العماني: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ولا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعادة بحسب طبيعة التصرف[٢]".

٥- الأعمال التي جرى العرف على أنَّها من توابع العمل على العامل القيام بها وإنْ لم تشترط في العقد، هذا ما نصّت عليه المادة (٦٥٨)، من القانون العماني: "يلتزم العامل بكل ما جرى العرف أنَّه من توابع العمل ولو لم يشترط في العقد[٣]".

الفرع الرابع: قاعدة "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم[٤]":

أولاً معنى القاعدة: هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة، تعبِّر عن سلطان العرف العملي، إلا أنّها تفترق عن سابقتها بأنَّها تختص بعرف التجار وأصحاب المهن والحرف، أمّا القاعدة السابقة فهي عامة ومطلقة[٥]، يقول الباحسين: "كلّ ما جَرى به التعامل والتعارف بين التجار في مسألة طريقة البيع والتسليم، والنقل وتسديد المبالغ، والنقود والشيكات، وغيرها يُؤخذ بها، وتُحكم عند الاختلاف وعدم النص عليها[٦]".

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

١- لو اشترى تاجر من آخر بضاعة ولم يشترطا التعجيل أو التقسيط، وكان العرف بين التجار أنه يسلّم الثمن كلَّ جمعة أو كلَّ شهرٍ، فإنَّ هذا العرف يُصبح كالشرط بين التجار[٧].

---

(١) أحمد الزرقا، **القواعد الفقهية**، ص٢٣٨.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها، المادة (٢٠٢)، **مدني الأردني**، رقم، ١٩٧٦/٦٣.

(٣) قانون المعاملات المدنية العماني، **المرجع السابق**. وتقابلها، المادة (٨١٥)، **مدني الأردني**، المرجع السابق.

(٤) **مجلة الأحكام العدلية**، المادة: (٤٤)، ص١٢.

(٥) أحمد الزرقا، **القواعد الفقهية**، ص٢٣٩. والسدلان، **القواعد الفقهية**، ص٤٦٠.

(٦) الباحسين، **العادة محكمة**، ص١٩٦-١٩٧.

(٧) سليم باز، **شرح المجلة**، ج١، ص٣١.

٢- إذا اشترى تاجر مواد بناء من الصين واختلف على من تكون نفقة شحنه إلى ميناء صحار، فإنه ينظر إلى عرف التجار فإن كان عرفهم أنَّ الشحن على البائع لزِمه دفع قيمة الشحن، وإلا كان على المشتري دفعها[١].

٣- البيع بسعر السوق، يَنصرف إلى أسعار السوق المتعارف عليها بين التجار، ونصّت المادة (٣٦٨) من قانون المعاملات المدنية العماني على هذا الأمر: "إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع، وإنْ لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأنْ تكون أسعاره سارية[٢]".

٤- إذا تعارف التجار على أن البائع أو الموزع يرسل البضاعة إلى مخازن التاجر المشتري، فإنَّ ذلك يُصبِحُ كالشرط في البيع وعلى البائع أنْ يقومَ بتوصيلها إلى مخازن المشتري عملاً بالشرط العُرفي، نَصت الفقرة الثانية من المادة (٣٨٨) على ذلك: "إذا تضمن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه مالم يوجد اتفاق على غير ذلك[٣]"

---

(١) خياط، **نظرية العرف**، ص١٠٢.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٤٢٣) **مدني مصري**، رقم ١٩٤٨/١٣١. والمادة، (٥٢٧) مدني عراقي، رقم ١٩٥١/٤٠. والمادة، (٤٧٨) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٥٠٤) **معاملات إماراتي**، رقم ١٩٨٥/٥.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة، (٤٩٩) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣. والمادة، (٥٣٠) **معاملات إماراتي**، رقم ١٩٨٥/٥.

المبحث الثالث: العرف معيارٌ للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مدى اعتبار العرف ضابطاً ومعياراً.

المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف معياراً للعقد.

المطلب الثالث: قواعد العرف باعتباره معياراً.

المطلب الرابع: تطبيقات العرف باعتباره المعيارٌ في المحاكم العمانية.

المبحث الثالث: العرف معيارٌ للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مدى اعتبار العرف ضابطاً ومعياراً:

الفرع الأول: معنى المعيار:

المعيار لغةً: جمع معايير، والعِيارُ: جمع عَيْرٍ وهو: الناتئ المرتفع من الأذن، ومنه عَيَّر الدنانير: امتحنها لمعرفة أوزانها وتساويها، وعَيَّرْتُ الدنانير تعييرا: إذا وزنت واحدً واحداً، وعَيَّر المكيال والميزان معايرةً ومعياراً: قدرها ونظر ما بينها. وعيار الشيء: ما جعل نظاماً له[١].

اصطلاحاً المعيار: هو "مقياس يقاس به غيره للحكم والتقييم[٢]".

والعرف بوصفه معياراً: يقصد به أنه يبين نوع الأشياء المجملة ومقدارها، ومقياس يضبط به غير المنضبط[٣].

الفرع الثاني: العرف باعتباره معياراً للقانون:

اعتبر الفقهاء العرفَ معياراً وضابطاً لكثير من الأشياء والتصرفات التي تحتاج إلى بيان مقدارها وصفتها وأنواعها، وتقييد مطلقها وتخصيص عمومها، ومقياسٌ تقاس به التصرفات وتحدَّد به التجاوزات، وخاصَّة التي تختلف باختلاف الزمان والمكان لصعوبة ضبط مقاييسها وتحديد معيار ثابت لها، مثال نفقة المطلَّقة جاء في قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ[٤]﴾ ، لفظ المعروف في الآية الآية السابقة مجمل، والعرف هو المعيار الذي تضبط به النفقة[٥].

وقد دلَّت عبارات الفقهاء على اعتبار العرف معياراً ومقياساً للأشياء، ومن تلك العبارات الآتي:

---

(١) ابن منظور، **لسان العرب**، ج٤، مادة: عير، ص٦٢١-٦٢٣. و الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، **المصباح المنير**، مادة: عار، ج٢، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ص٤٣٩.

(٢) أحمد مختار عبد الحميد عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، ط١، ج٢، عالم الكتب، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م، ص١٥٨٢.

(٣) القرالة، ، **وظائف العرف في التشريع**، ص٢٠٧.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٤١.

(٥) القرالة، **وظائف العرف في التشريع**، ص٢٠٧.

- يقول القرافي: "وما ليس فيه معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة[١]".
- ويقول أبو بكر الجصاص في معرض تفسيره لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٢]، "وفي هذه الآية دلالة على توسّع اجتهاد الرأي في أحكام الحوادث، إذ لا توصل إلى تقدير النفقة بالمعروف، إلا من جهة غالب الظن وأكثر الرأي، إذا كان ذلك معتبراً بالعادة، وكل ما كان مبنياً على العادة فسبيله الاجتهاد وغالب الظن، إذ العادة ليست مقصورة على مقدار واحد لا زيادة فيه ولا نقصان[٣]".
- ويقول الإمام الشافعي في معرض ذكره لحديث النبي صلى الله عليه وسلم عندما جاءته هند بنت عتبة فقالت: يا رسول الله إنَّ أبا سفيان رجلٌ شحيح وليس لي منه إلا ما يدخل علي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف[٤]"، قال الشافعي: "والمعروف نفقة مثلها ببلدها الذي هي فيه بُراً كان أو شعيراً أو ذرة، لا يكلَّف غير الطعام العام الذي ببلده الذي يقتاته مثلها، ومن الكسوة و الأُدم بقدر ذلك[٥]".
- ويقول الشوكاني: "والمراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنَّه الكفاية[٦]".
- وجاء في شرح النيل في معرض الحديث عن كسوة المرأة، "وأمَّا اللِّباس فإن كان إنما استقبل الشتاء أجبروه على لباس الشتاء كلِّه، وكذلك الصيف على قدر عادة الناس في وقت يجددون فيه اللباس ما يجزيهم من اللباس في سنتهم في الشتاء والصيف على قدر الحاجة في ذلك بنظر أهل الصلاح[٧]".

---

(١) القرافي، **الفروق**، ج٣، ص٤٣١.

(٢) سورة البقرة الآية: ٢٣٣.

(٣) الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ) ، **أحكام القرآن**، ط١، ج١، (تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ص٤٨٩.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الأحكام، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم: (٥٣٦٤)، البخاري، **صحيح البخاري**، ج٧، ص٦٥. قال ابن حجر: " وهو ضعيف جداً"، انظر: العسقلاني، أحمد بن علي ابن حجر(ت: ٨٥٢هـ)، **التلخيص الحبير**، ط١، (تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب)، ج٤، مؤسسة قرطبة، مصر، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، ص١٠٠. وصححه الألباني، انظر: الألباني، محمد ناصر الدين (ت: ١٤٢٠هـ)، **مشكلة الفقر**، ط١، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٤م، ص٣٣.

(٥) الشافعي، **الأم**، ج٥، ص١١٤.

(٦) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (ت: ١٢٥٠هـ)، **نيل الأوطار**، ط١، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ج٦، دار الحديث، مصر، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص٣٨٣.

(٧) اطفيش، **شرح النيل**، ج١٤، ص٢٢٤.

- ويقول السالمي في تقدير النفقات: "يختلف ذلك باختلاف الأحوال والأوقات ولكلِّ زمان حكم والحاكم إلى نظره أحوج منه إلى أثره، والموجود في آثار المسلمين من تقدير النفقات إنما بحسب زمانهم وأحوالهم؛ ولذا ترى أنظارهم مختلفة في التقديرات بسبب اختلاف الأوقات والأحوال[١]".

ومن الأشياء التي اعتُبر العرف معياراً لها هو المال، يقول أبو سنة: "مقياس المالية تعارف الناس أنَّ هذا الشيء مرغوب فيه ومنتفع به أو عدم تعارفهم[٢]"، وهذا ما دلَّت عليه التعاريف اللغوية للمال فقد عرَّفه ابن منظور بقوله: "المال معروف ما ملكته من جميع الأشياء[٣]"، وقال الرازي: "المال معروف[٤]"، ومعنى ذلك بأنَّ المال معروف عند الناس لا يحتاج إلى بيان وإيضاح، فما تعارفوا على أنَّه مال فهو كذلك[٥].

وفي الاصطلاح اختلف الفقهاء في تعريف المال بناءً على تباين وجهات النظر حول حقيقته فالحنفية لا يعتبرون المنافع أموالاً؛ لأنَّها لا تُدخر والجمهور يرى أنَّ المنافع أموالٌ، فعرفه الحنفية بقولهم: "المال هو كلّ عين ذات قيمة ماديَّة بين الناس[٦]"، وعرَّفه الجمهور بتعريف فيه بيان لدور العرف باعتباره معياراً للمال فقالوا: "كلُّ ما له قيمة عرفاً، وجاز الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار[٧]".

وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الأعراف والعادات يقول د. نزيه حمّاد: "وسبب اختلاف الحنفية مع سائر الفقهاء في تعريف المال اختلاف الأعراف فيما يُعدُّ مالاً وما لا يعد، حيث إنَّ المال ليس له حدٌّ في اللغة، ولا في العرف فرجع في تحديده للعرف[٨]".

---

(١) السالمي، **الجوابات**، ج٣، ٣٢٠-٣٢١.

(٢) أبو سنة، **العرف والعادة**، ص١٣٧.

(٣) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة: مول، ج١١، ص٦٣٥.

(٤) الرازي، **مختار الصحاح**، مادة: مول، ص٦٤٢.

(٥) الجمّال، محمد محمود، **تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة**، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧م، ص٥٧.

(٦) الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة**، ط١، دار القلم، دمشق، سوريا، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ص١٢٧.

(٧) الدبو، إبراهيم فاضل، **ضمان المنافع**، ط٢، دار عمار، عمّان، الأردن،١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ص٢٢٩.

(٨) نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات الفقهية في لغة الفقهاء**، ط١، دار القلم، دمشق، سوريا، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، ص٣٨٨.

وأخذ قانون المعاملات المدنية العماني بتعريف الجمهور للمال واعتبر المنافع أموالاً، جاء في المادة (٥٠): "المال هو كلُّ عينٍ أو منفعةٍ أو حقّ له قيمة في التعامل[١]".

وقد ورد ذكر المال في النصوص الشرعية في مواضع كثيرةٍ ولم تضع النصوص معياراً معيناً لما يعتبر مال وما لا يعتبر وترك هذا الأمر للعرف ليضبطه، فما يتعارف عليه الناس بأنه مال اعتبر مالاً وتسري عليه أحكام الأموال وما لم يعتبره العرف مال فلا، ومعنى ذلك أن المال قد يختلف باختلاف الزمان والمكان، فما كان مالاً في زمن ما قد لا يعده الناس مالاً في زمن آخر، وما يكون مالاً في مكان قد لا يكون كذلك في مكان آخر، وثبت هذا بالتجارب فقد كان في الماضي أشياء ليست لها قيمة بل تعد من توافه الأمور ثم بعد ذلك صارت من الأشياء القيمة والثمينة، فكل ذلك معياره عرف الناس وتعاملهم به[٢].

وقد راعت القوانين المدنية اعتبار العرف في تحديد الأموال والأشياء جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: "ولما كان الشيء قد يكون ماديًّا وقد يكون معنوياً، وقد كثرت الأشياء المعنوية، وتموَّلها الناس، وتعارف الناس ذلك تعارفاً لم يعد مجالاً للشك فيه ولا لإنكاره، فقد حرص المشرَّع نزولاً على ما جرى عليه العرف، من اعتبار كثير من الأشياء المعنوية، كالألحان والأسماء التجارية والعلامات التجارية أموالاً[٣]".

---

(١) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩.

(٢) أبو سنة، **العرف والعادة**، ص١٣٧. والقرالة، **وظائف العرف**، ص٢٠٧.

(٣) القضاة، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، ص٥٩.

المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف معياراً للعقد.

الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق:

عرف الدُّريني التعسف في استعمال الحق فقال: "مناقضة قصد الشارع في تصرفٍ مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل[(١)]"، وعرفه عبد الواحد كرم: "استعمال شخص لحق له ينشأ عنه ضرر بالغير[(٢)]".

الأصل أنَّ الإنسان له أنْ يستعمل حقه كيف يشاء، ويتصرف فيه كيف يشاء، ولكن إذا كان استعماله فيه ضرر به أو بغيره عندها يكون قد تعسف في استعمال حقه، وهذا ما نصّت عليه مجلَّة الأحكام العدلية: "لا يُمنع أحد من التصرف في ملكه، ما لَم يكن فيه ضرر فاحش للغير[(٣)]"، وليس المقصود بالتّعسف التعدي على حق الغير، فذلك يسمى غصباً، وإنَّما التعدي أنْ يمارس الإنسان حقاً من حقوقه وينتج عنه ضرر بالغير، كأنْ يستأجر الإنسان سيَّارة ويستخدمها بما يضر بها، و حرّمت الشريعة الإسلامية التعسف في كثير من النصوص الشرعية[(٤)]، ونظَّم الفقه الإسلامي نظرية التعسف، يقول الزرقا: "الشريعة الإسلامية قد سبقت إلى تقرير موضوع هذه النظرية في شتَّى فروع الأحكام[(٥)]"، ووضع لها معاييراً تحدِّد الاستعمال التعسفي من عدمه، ومن هذه المعايير العُرف، يقول ابن رجب: "أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيراً له، فيتضرر الممنوع من ذلك، فأمَّا الأول وهو التصرف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره فإنْ كان على غير الوجه المعتاد، مثلُ أنْ يؤجِّج في أرضه ناراً في يوم عاصف، فيحترق ما يليه، فإنه متعدً بذلك، وعليه الضمان[(٦)]"، وكل إنسان يستعمل حقه وينتج عنه ضرر يقاس تعدِّيه من عدمه

---

(١) الدريني، فتحي محمد، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، ط٣، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م، ص٩٢.

(٢) كرم، عبدالواحد، **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**، ط٢، د.ن. دار نشر، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، ص١٢٣.

(٣) **مجلة الأحكام العدلية**، الماد: (١١٩٧)، ص١٣٩.

(٤) ذكر الدكتور وهبة الزحيلي عدد من الأدلة الشرعية التي تحرم التعسف. انظر، الزحيلي، وهبة مصطفى، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط٤، ج٤، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص٢٨٦٥.

(٥) الزرقا، **المدخل الفقهي**، ج٢، ص٨٨٧، الهامش رقم: (١).

(٦) ابن رجب، عبدالرحمن بن أحمد، (ت: ٧٩٥هـ)، **جامع العلوم والحكم**، ط٧، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، و إبراهيم باجس، ج٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص٢١٧.

بالنظر إلى عرف الناس واعتيادهم فإنْ خالف اعتياد الناس اعتبر متعسفاً، والمتضرر يستحق التعويض عما لحق به، فمن يستأجر الدار ويستعملها في شيء غير مألوف ويلحق بها ضرراً اعتبر استعماله تعسفاً، ومن استخدم التلفاز في منزله بصوت مرتفع يزعج الجيران فالعرف يعتبر ذلك تعسفاً، ولكن عندما يكون صوت المذياع مرتفعاً في الأعراس فالعرف هنا لا يعتبره تعسفاً[١].

ونظريَّة التعسف جاءت بها القوانين الوضعية وصاغتها ونظمتها منذ زمن بعيد، يقول الصّدة: "وليست نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية حديثة، إنما هي نظرية قديمة عرفها القانون الروماني وانتقلت إلى القانون الفرنسي، وقد ظهرت على نطاق واسع في الفقه الاسلامي حيث ظفرت بصياغة تضارع ما وصلت إليه القوانين الحديثة[٢]".

واعتبار العرف مقياساً للتعسف في استعمال الحق أخذَ به المشرِّع العماني، حيث نصَّت المادة: (٥٩) "يجب الضَّمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

١- إذا توفر قصد التعدي.
٢- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.
٣- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.
٤- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة "[٣].

---

(١) حيدر، **درر الحكام**، ج٣، ص٢٠٠-٢٠١. و الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٤، ص٢٨٧٠. و السنهوري، **الوسيط**، ج١، ص٨٤٤-٨٤٥، و أنور سلطان، **مصادر الالتزام**، ص٣٢٧.

(٢) الصّدة، **أصول القانون**، ص٥٦٩.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة: (٦٦)، مدني أردني، رقم ١٨٧٦/٦٣.

الفرع الثاني: الغلط:

عرف السنهوري الغلط بقوله: "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، بأنْ تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها[١]"، وعرفه الزقا فقال: " الغلط هو: توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه[٢]".

الفقه الإسلامي لم يتناول الغلط بتنظيم مستقلٍ بل كان موضوع نظرية الغلط متفرقة في مجالات شتى وأبواب مختلفة مرتبطة به كما في خيار العيب وخيار الوصف وخيار الرؤية واختلاف الجنس في المعقود عليه، و السبب في ذلك كما يقول الزرقا: "لأن الفقه الإسلامي يعتمد الإرادة الظاهرة (الإيجاب والقبول) أساساً في بناء العقد ما دامت الإرادة الباطنة الحقيقة خفية[٣]"، والغلط الذي اعتبره الفقهاء سبب يجيز لاحد العاقدين إبطال العقد هو الغلط العفوي الواضح الذي ليس فيه مفاجئة للعاقد الآخر، لأن الغلط غير الوضح تكون الإرادة الحقيقية فيه مختفيه، وعندها يجب اعتماد الإرادة الظاهرة[٤]، وهذا ما جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: "القاعدة العامة المستنبطة من فروع الفقهاء أن الاعتداد في العقود بالعبارة لا بالنية، وإن النية إن لم يقم عليها دليل في الصيغة لا اعتداد بها، وعلى ذلك فالغلط إذا كان باطنياً فقط لا يترتب عليه حكم، أما إذا كان ظاهرياً فإنه يؤثر في العقد[٥]"، ومعرفة الغلط الواضح من عدمه يتحدد بعدة معايير ويعتبر العرف والعادة أحد تلك المعايير، جاء في البحر الرائق: "وصحح قاضي خان أنه لو باع جارية على أنها حامل أن البيع جائز لأنه بمنزلة شرط البراءة من العيب إلَّا أن يكون في بلدٍ يرغبون في شراء الجواري لأجل الأولاد... اعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحاً أو دلالةً لما في البدائع من خيار العيب والجهل بالطبخ والخبز فِي الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياط إلَّا أن يكون شرطا في العقد وإن لم

---

(١) السنهوري، **مصادر الحق**، ج٢، ص٩٨.
(٢) الزرقا، **المدخل الفقهي**، ج١، ص٤٧٣.
(٣) الزرقا، **المدخل الفقهي**، ج١، ص٤٧٤-٤٧٥.
(٤) الزرقا، **المرجع السابق**، ج١، ص٤٧٥.
(٥) القضاة، **المذكرات الإيضاحية**، ص١٢٦.

يكن مشروطاً في العقد وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها لأن الظاهر أنه لما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصاً[١]".

واعتبر قانون المعاملات المدنية العماني العرف معياراً للغلط، حيث جاء في المادة: (١٠٩) "لا يعتبر الغلط إلاّ إذا دلّت عليه صيغة العقد أو دلَّت عليه القرائن وظروف الحال أو طبيعة الأشياء أو العرف[٢]"، وهذه المادة مأخوذة بالنص من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، (القانون العربي الموحد على أساس الفقه الإسلامي)[٣]، المادة (١٤٨)[٤].

الفرع الثالث: الشرط الصحيح[٥].

الشرط الصحيح هو: "ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً لهذا المقتضى أو أذن به الشرع أو جرى به العرف[٦]".

جوّز فقهاء الحنفيّة الشرط في العقود وفق ضوابط ومعايير معينة، فإذا ما توفرت هذه المعايير كلها أو بعض منها صح الشرط، ومن تلك المعايير التي يُحكم بها على صحة الشرط من عدمه العرف، فقد جوز الحنفية الشرط الذي جرى التعامل به بين الناس استحسانا خلافاً للقياس، كشرط

---

(١) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: ٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط٢، ج٦، دار الكتاب الإسلامي، د. ت. ط، ص٢٧-٢٨.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة:(١٥١)، **مدني أردني**.

(٣) ذكر الزرقا ملحق نصوص مواد النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي في مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد كما أقرتها اللجنة العامة لتوحيد التشريعات بجامعة الدول العربية بناءً على المذكرات التأصيلية والصيغ التي وضعتها لجنة خبراء الأمانة العامة في الدائرة القانونية في جامعة الدول العربية بتونس سنة ١٩٨٤هـ". أنظر الزرقا، **نظرية الالتزام**، ص٢٩٧.

(٤) الزرقا، **المرجع السابق**، ص٣١٨.

(٥) الشرط في العقد من المسائل التي توسع الفقهاء في ذكرها واختلفوا فيها اختلافاً كبيرا بين مضيق كالضاهرية وبين من توسط كالحنفية والمالكية والشافعية والإباضية وبين من توسع كثيرا كالحنابلة والكلام في هذا المجال يطول وقد تناوله الشيخ مصطفى الزرقا بشيء من التفصيل كما ذكره السيد صالح عوض. أنظر: الزرقا، **المدخل الفقهي**، ج١، ص٥٤٧-٥٨٨. والسيد صالح، **أثر العرف في التشريع**، ص٤٨٩-٤٩٥.

(٦) السيد صالح، **المرجع السابق**، ص٤٩٤.

تصليح الآلة المباعة إذا تعطلت يكون على البائع، وبيع البضاعة بشرط حملها على حساب البائع[١]، يقول السرخسي: "وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عُرف ظاهرٌ، فذلك جائز، كما لو اشترى نعلاً وشِراكاً بشرط أنْ يحذوه البائع، لأنَّ الثابت بالعرف ثابتٌ بدليلٍ شرعيٍّ؛ ولأن في النزوع عن العادة حرجاً بيناً[٢]"، ويقول الكاساني: "كذلك إذا كان لا يقتضيه العقد ولا يُلائم العقد أيضاً، لكنَّ للناس فيه تعامل، فالبيع جائز...والقياس ألا يجوز... ولنا أنَّ الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع[٣]".

وذهب قانون المعاملات المدنية العماني إلى اعتبار العرف معياراً للشرط الصحيح الذي يجوز أنْ يقترن بالعقد حيث جاء في المادة: (١٢٠) "يجوز أنْ يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف، كما يجوز أنْ يقترن بشرطٍ يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين أو غيرهما ما لم يكن ممنوعاً شرعاً أو قانوناً ففي هذه الحالة يبطل الشرط ويصح البيع، إلاّ أن يكون هذا الشرط دافعاً للتعاقد فيبطل العقد[٤]".

الفرع الرابع: الزيادة والنقصان في المبيع:

إذا كان مقدار المبيع محدَّداً وظهر فيه زيادة أو نقصان، فإنْ كان هناك اتفاق وجب الأخذ به، وإنْ لم يكن هناك اتفاق قد يكون العرف هو المعيار والمقياس في تلك الزيادة والنقصان، فإنْ كان العرف يقضي بأن تلك الزيادة مما يتسامح فيها فإنَّها تكون للمشتري، وقد يقضي العرف بأنَّ تلك الزيادة ترجع للبائع، وكذلك في النقصان قد يقضي العرف بأنَّها من النقصان الطفيف لا يعوض المشتري وقد يقضي العرف بأنَّ ذلك النقصان لا يُتسامح فيه وعلى البائع تكملة ما نقص، فمعيار كلّ ذلك عائد إلى العرف[٥]، وهذا ما جاء في المادة: (٣٨٣)، من قانون المعاملات المدنية العُماني، "إذا عيّن في العقد

---

(١) السنهوري، **مصادر الحق**، ج٣، ص١١٨. و الزرقا، **المدخل الفقهي** ، ج١، ص٥٥٠-٥٥٢.

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٣، ص١٤.

(٣) الكاساني، بدائع **الصنائع**، ج٥، ص١٧٢.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة: (١٦٤) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

(٥) علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص ١٨١-١٩٠. و الزعبي، **عقد البيع**، ص٢٩٧. والعبيدي، **العقود المسماة**، ص١٠٣.

مقدار المبيع من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات أو العدديات وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف في هذا الشأن وجب اتباع القواعد الآتية:

١- إذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عيناً والنقص يخير فيه المشتري إن شاء فسخه وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن.
٢- إذا كان المبيع يضره التبعيض وسمي ثمنه جملة، ثم وجد عند التسليم ناقصاً فللمشتري فسخ البيع أو أخذ الثمن، وإن وجد زائداً فالزيادة للمشتري، فإذا كان الثمن بسعر الوحدة ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن[١]".

وقد قدم المشرع الاتفاق والعرف على التشريع، وبناءً عليه لو كان العرف يقضي بأن الزيادة تكون للمشتري وطالب البائع بتطبيق الحلول التي وضعها التشريع، فللمشتري الحق بالتمسك بالعرف السائد ولو كان مخالفاً لنص التشريع[٢].

الفرع الخامس: العيوب الخفية (خيار العيب):

العيب بالمعنى الفقهي عرّفه الزقا بقوله: "ما تخلو عنه الفطرة السليمة، عادة وينقص القيمة عند التجار[٣]".

والعيب بالمعنى القانوني عرفه الفتلاوي فقال: "هو كلُّ ما يعرض للمبيع فيجعله غير ملائم أو يؤثر على إمكانية تصريفه أو يعوق استعماله العادي ويجب أنْ يُعتد بكل ذلك قانوناً[٤]".

وخيار العيب عرفه خياط فقال: "هو الخيار للمشتري أن يفسخ العقد أو يمضيه إذا ظهر في المبيع عيب قديم[٥]".

---

(١) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة: (٤٩٢)، رقم، ١٩٧٦/٦٣.
(٢) الزعبي، عقد البيع، ص٢٩٧.و والسرحان، **العقود المسماة**، ج١، ص٢٢٩.
(٣) الزرقا، **عقد البيع**، ص١٣٣.
(٤) الفتلاوي، صاحب عبيد، **ضمان العيوب**، ط١، دار الثقافة، عمّان، الأردن،١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ص٥.
(٥) خياط، **نظرية العرف**، ص١٢٥.في الهامش رقم: (٢).

أقرّ الفقهاء[١] خيار العيب ووضعوا له شروطاً وضوابط تنظمه، وقرروا أنَّ الأصل في المبيع أنْ يكونَ خالياً من العيوب، فسلامةُ المبيع من العيوب وإن لم ينص عليها فهي كالمشروط، يقول البلدحي: "مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع؛ لأنَّ الأصل هو السلامة، وهو وصف مطلوب مرغوب عادة، والمطلوب عُرفاً كالمشروط نصاً[٢]"، فإذا وجد المشتري عيباً رجع فيه إلى البائع، وما يُعدُّ عيباً وما لا يعد معياره عُرف التجار وعادات الناس، يقول الكاساني: "تفسير العيب الذي يوجب الخيار، وتفصيل المفسر، فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار، نقصاً فاحشاً أو يسيراً، فهو عيب يوجب الخيار، وما لا فلا، نحو العمى والعور والحول[٣]"، ويقول ابن قدمة: "العيوب النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار؛ لأن المبيع إنَّما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف التجار[٤]"، فعُرف الناس يرجع إليه في تقدير العيوب فما يعدُّ العرف من العيوب المتسامح فيها فلا يضمنه البائع وما يعتبره العرف والعادة أنَّه عيباً فاحشاً لا يتسامح فيه جاز للمشتري ردَّه للبائع فالفساد في بعض البرتقال أو التفاح أو التراب اليسير المختلط بالعدس أو القمح يتسامح فيه عادةً أما لو كان العيب فاحشاً كأن تكون صفحات من الكتاب فيها أخطاء مطبعيَّة لا يستطيع الشخص قراءتها فهذا عيب لا يتسامح فيه عادةً، وكل عيب في عرف التجار أو الصنّاع أو غيرهم من أصحاب المهن والحرف إنّه ينقص من ثمن السلعة عندهم أخذ بعرفهم وردَّ المبيع إذا كان لا يتسامح فيه وأمَّا إذا جرى عُرفهم على التسامح فيه فلا يضمنه البائع واعتبر البيع تاماً، لأن العرف هو الميزان الذي توزن به العيوب ليتميز المتسامح بها من غيرها، وقد يتغير العرف فيصبح ما كان عيباً ليس كذلك وعندها لا يرد المبيع والعكس إذا تغير العرف وأصبح ما

---

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص٢٧٤ وما بعدها. و الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: ١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د. ط، ج٣، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ت، ١٠٥ وما بعدها. و الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٢، ص٤٢٤-٤٢٥. و ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد (ت: ٦٨٢هـ)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، د. ط، ج٤، دار الكتاب العربي، د. ت، ص٨٥ وما بعدها.

(٢) البلدحي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، (ت: ٦٨٣هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، د. ط، ج٢، مطبعة الحلبي – القاهرة، ١٣٥٦ هـ – ١٩٣٧ م، ص١٨.

(٣) الكاساني، **المرجع السابق**، ج٥، ص٢٧٤

(٤) ابن قدامة، **الشرح الكبير**، ج٤، ص٨٥.

كان مسامح فيه عيبا فإنه يرد به المبيع[١]، يقول صاحب الهداية: "وكلُّ ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب"؛ لأن التضرر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله[٢]"، والعرف الخاص أو العام كلاهما يعتبر معياراً للعيوب يقول ابو سنة: "ثم العرف في معرفة العيوب مما يرجع فيه إليه في تطبيق الأحكام العامة، فالعرف العام والخاص فيه سواء[٣]".

هذا ما جاء في مجلَّة الأحكام العدليَّة حيث اعتبرت العرف معياراً للعيوب، وذلك في المواد:(٣٥٢و ٣٥٣ و ٣٥٤)[٤]، وأخذ به قانون المعاملات المدنية العماني حيث نصت المادة: (٤٠١)، "لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه[٥]"، ومعنى ذلك أنَّ وجود عيب متسامح فيه لا يعني أنَّ البائع لم يلتزم بتسليم المبيع بدون عيوب، فالعيب المتسامح فيه غير معتبر في هذه الحالة، ولا يَضمن البائع المبيع، فلو اشترى رجل من آخر خمسين بيضة وكان العيب في بيضتين لا يضمن البائع شيء لأن العرف تسامح فيه[٦].

وخيار العيب ليس فقط في المبيع بل يكون في الإجارة والقسمة وغيرها من العقود الناقلة للملكية، يقول علي حيدر: "ويجري خيار العيب أيضاً في الإجارة والقسمة وبدل الصلح[٧]"، وفي ما يخص موضوع الإجارة فقد نصت المادة (٥١٣) من مجلَّة الأحكام العدليّة على ذلك: "في الإجارة أيضاً خيار العيب كما في المبيع"، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٤٢) من قانون المعاملات العماني: "تسري على وجود العيب أحكام خيار العيب في المبيع فيما لا يتنافى مع طبيعة الإيجار".[٨]

---

(١) الزرقا، **عقد البيع**، ص١٣٢-١٣٥. وسيد صالح، **أثر العرف**، ص٥٢٠. و خياط، **نظرية العرف**، ص١٢٦-١٢٧.

(٢) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل،(ت: ٥٩٣هـ)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، د. ط، ج٣، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ت، ص٣٧.

(٣) ابو سنة، العرف والعادة، ص١٧٥.

(٤) **مجلة الأحكام العدلية**، ص٤١.

(٥) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩.

(٦) حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٣٣١.

(٧) حيدر، **المرجع السابق**، ج١، ص٣٠١.

(٨) **قانون المعاملات المدنية العماني، المرجع السابق**. وتقابلها المادة: (٦٨٨) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

الأصل أنَّ يسلم المؤجر العين خالية من العيوب فإذا ما وجد عيباً يحول دون انتفاع المستأجر بالعين أو ينقص من انتفاعه نقصاً فاحشاً فله أن يرجع إلى المؤجر، وتقدير العيب في العيب معياره العرف فما عده العرف عيباً متسامح فيه فلا يعتبر عيباً يلزم المؤجر بتعويض المستأجر، مثل وجود الرطوبة أو تعطل بعض أقفال الأبواب أو كسر حبة بلاط في العين المؤجَّرة؛ لأنَّ كلَّ ذلك متسامحٌ فيه عُرفاً، وأمَّا إذا جرى العرفُ أنَّه ينقص من الانتفاع بالعين نقصاً فاحشاً كأنْ تكونَ العين المؤجرة مليئة بالحشرات أو يكون تسليك الكهرباء رديء بحيث تنقطع بين فترة وأخرى أو تسرَّب المياه من السقف أثناء هطول الأمطار فكلُّ تلك العيوب يضمنها المؤجر[1].

ولقد اعتبر قانون المعاملات المدنية العماني العرف معياراً للعيوب التي يتسامح فيها حيث جاء في المادة (٥٤٠): " ١) يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في الشيء المؤجر من عيوب تحول دون الانتفاع به أو تنقص منه نقصاً فاحشاً ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها. ٢) لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر على علم به وقت التعاقد[2]".

الفرع السادس: موعد أداء الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية[3]:

الأجرة في الاصطلاح الفقهي هي: العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر مقابل المنفعة المعقود عليها[4]. وفي القانون عرّفها السنهوري بقوله: "هي المال الذي يلتزم المستأجر بإعطائه للمؤجر في مقابل الانتفاع بالشيء المؤجر[5]".

قد يتفق المؤجِّر والمستأجر على أجرة منفعة لمدة زمنية معيَّنة يوماً أو أسبوعاً أو شهراً أو سنةً، فإذا لم يحدد العاقدان وقت دفع الأجرة كأن يتفقان على الأجرة لمدة شهر هل يدفع المستأجر العوض بداية الشهر أو منتصفه أو أخره، فإن اتفقا على شيء من ذلك ألتزما به وإن لم يتفقا فإن العرف هو

---

(١) حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٥٣٢-٥٣٦. والزحيلي، **العقود المسماة**، ص٢٣٠. و محمود جلال، **شرح القانون المدني**، ج٤، ص٣٥٣.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة: (٦٨٦) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

(٣) مثال: ان تحدد بيوم أو شهر أو أسبوع...إلخ.

(٤) حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٣٩٧. **وحماد، معجم المصطلحات**، ص٢٥.

(٥) السنهوري، **الوسيط**، ج٦، ص١٥٨.

الضابط في تحديد وقت دفع العوض يقول ابن قدامة: " يحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة[١]".

وجاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: "أنَّ المعوَّل عليه في مثل هذه الحالة ما يتفق عليه المتعاقدان أو ما يقضي به العرف[٢]"، وما جرت عليه العادة في وقت الإيفاء وجب على المتعاقدين الأخذ به إنْ لم يتفقا، فإذا كانت مدة الإجارة سنةً، فالعرفُ في عُمان أن الإيفاء نهاية كلّ شهر، وفي الأردن بداية كلّ شهر، فوجب الالتزام بحسب عرف البلد، يقول الزركشي: "إنْ لم يوجد شرط لفظي أو عرفي يقتضي التأخير أو التعجيل، فإنَّه يعمل بمقتضاه، فلو أجّره داره شهراً بمائة درهم تحلُّ في آخره، أو أجره على خياطة ثوب بدرهم الآن، عمل على ذلك، وعلى هذا يحمل قول ابن أبي موسى، وإنْ استؤجر كلَّ يوم بأجر معلوم، فلَه أجر كلّ يوم عند تمامه، إذ عرف الناس المطرد في ذلك، أنّهم إذا استأجروا إنسانا شهراً كلَّ يوم بكذا، فإنهم يعطونه الأجرة في آخر كلّ يوم، فيجري هذا مجرى الشرط[٣]"، وقد حسمت مجلَّة الأحكام العدلية هذا الأمر وحددت الإيفاء بانقضاء الوقت المعين فنصت المادة (٤٧٦)، "إذا كانت الأجرة مؤقته بوقت معين كالشهرية أو السنوية مثلاً يلزم إيفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت[٤]".

وذهب القانون العماني إلى خلاف ما ذهبت إليه المجلَّة فلم يحدد وقت الإيفاء وترك الأمر للعرف وذلك مراعاة لما عليه العادة في عُمان في هذا الشأن، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٢٥) على الآتي: "الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية يتبع العرف بشأن مواعيد أدائها وإلاّ حددتها المحكمة بناءً على طلب صاحب المصلحة[٥]".

---

(١) ابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص٢٣٠.

(٢) القضاة، **المذكرات الإيضاحية**، ص٥١٤.

(٣) الزركشي، محمد بن عبد الله (ت: ٧٧٢هـ)، **شرح الزركشي**، ط١، ج٤، دار العبيكان، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م، ص٢٢٤.

(٤) **مجلة الأحكام العدلية**، ص٥٣.

(٥) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها الفقرة الثانية من المادة: (٦٦٧) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

الفرع السابع: صيانة المؤجر للمأجور:

التزام المؤجر لا يقتصر على تسليم الشيء المؤجر فقط كما في عقد البيع بل عليه التزامات يقوم بها في سبيل تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر وهو المقصد من عقد الإجارة، فيتوجب عليه طول فترة العقد أن يلتزم بهذا القصد وذلك بجعل العين المؤجرة صالحة طول فترة الإجارة، وعليه أنْ يقوم بصيانتها، ومعيار ما يلتزم به المؤجر من صيانة هو العرف والعادة، جاء في شرح منتهى الإرادات: "وعلى مؤجرِ كلّ ما جرت به عادة أو عرف(١)".

فالعرف يحدد ما إذا كان ذلك الخلل يمنع أو ينقص من انتفاع المستأجر بالعين فيكون على المؤجر اصلاحه وقد يكون في العرف أنَّ مثل ذلك الخلل متسامح فيه أو بسيط فلا يلتزم بها المؤجر، ومن الأمثلة على ذلك من استأجر منزلاً فإنَّ صيانة مواسير الماء وتوصيلات الكهرباء فهي على المؤجر أمَّا إصلاح المصباح والأشياء البسيطة فالعرف أنَّه يتسامح فيها وللمستأجر إصلاحها إنْ أراد(٢)، جاء في شرح المنتهى: "على مؤجر (ما يتمكن به) مستأجر (من نفع كترميم دار) مؤجرة (بإصلاح منكسر وإقامة مائل) من حائط وسقف وبلاط (وعمل باب وتطيين سطح وتنظيفه من ثلج ونحوه)(٣)"، وخلاصة الحديث في هذا الجانب أنَّ الأشياء الضرورية يلتزم بإصلاحها المؤجر كالتدفئة والتكييف، والأشياء الكمالية والتحسينية التي لا علاقة لها بالانتفاع بالشيء المؤجر، كتحسين المطبخ وغيرها فلا يلتزم بها المؤجر، وأمَّا الأشياء المستعجلة التي تكون على المؤجر فيحق للمستأجر إصلاحها وثم يرجع على المؤجر يعوضه ما أنفق في الصيانة(٤).

وقد بيَّن قانون المعاملات المدنية العماني هذه الأمور في المادة: (٥٣٥) "١) يلتزم المؤجِّر بأنْ يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في الشيء المؤجر يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة فإنْ لم يفعل جازَ للمستأجر فسخُ العقد أو الحصول على أذنٍ من المحكمة يخوِّله الإصلاح والرجوع على

---

(١) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، (ت: ١٠٥١هـ)، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، ط١، ج٢، عالم الكتب، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م،ص٢٦١.

(٢) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٢، ص٢٠٨. وحيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٥٥١-٥٥٥.

(٣) البهوتي، **المرجع السابق**، ج٢، ص٢٦٢.

(٤) الزحيلي، **العقود المسماة**، ص٢٣٧. وقوته، **العرف**، ج٢، ص٦٠٠.

المؤجر بما أنفق بالقدر المتعارف عليه. ٢) إذا كان الخلل الذي يلزم المؤجر اصلاحه عرفاً من الأمور البسيطة أو المستعجلة التي لا تحتمل التأخير وطلب إليه المستأجر إصلاحه فتأخر أو تعذر الاتصال به جاز للمستأجر إصلاحه واقتطاع نفقته بالقدر المتعارف عليه من الأجر[١]"، وأخذ المشرع في هذه المادة بما جاء في المادتين (٥٢٩ و ٥٣٠) من المجلَّة[٢].

الفرع الثامن: صيانة المستأجر للمأجور:

هناك التزامات على المستأجر أن يقوم بها تجاه الشيء المستأجر منها القيام بالترميمات المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق فالمعول على العرف في تحديد ما يلتزم به المستأجر من ترميمات، وصيانة الخلل كتغيير قفل الأبواب وتغيير المصابيح ونقاط الكهرباء وسقي مزروعات الحديقة، كما يلتزم المستأجر بإزالة الأتربة والقمامة و وتنظيف البيت والقضاء على الحشرات كالرمة و تفريغ البالوعة وغيرها من الالتزامات على المستأجر[٣]، وضابط ذلك كله العرف يقول المرداوي: "أن يرجع في ذلك كله إلى العرف[٤]"، وذكرت المادة (٥٣٢) من مجلَّة الأحكام العدلية بعض تلك الالتزامات حيث نصت على: "إزالة الغبار والتراب والكناسة والرماد وغير ذلك أثناء مدة الإجارة على المستأجر[٥]".

ونص قانون المعاملات المدنية العماني على اعتبار ما جرى عليه العرف في التزامات المستأجر بترميم المشيء المؤجر، حيث جاء في المادة (٥٤٧) "١) يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تمَّ الاتفاق عليها أو جرى العرف أنّه مكلف بها. ٢) يلتزم المستأجر خلال مدة الإيجار بتنظيف الشيء المؤجر وإزالة ما تراكم فيه من أتربة أو نفايات وسائر ما يقضي العرف أنه مكلف بها[٦]".

---

(١) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم٢٩/٢٠١٣. وتقابلها المادة: (٦٨١)، **مدني أردني**، رقم ٦٣/١٩٧٦.

(٢) **مجلة الأحكام العدلية**، ص٥٨-٥٩.

(٣) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٤، ص٢٠٨. و**البهوتي**، **كشاف القناع**، ج٤، ص٢١. وحيد، **درر الحكام**، ج١، ص٥٥٤-٥٦١.

(٤) المرداوي، علي بن سليمان،(ت: ٨٨٥هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط٢، ج٦، دار إحياء التراث العربي، د. ت، ص٥٨.

(٥) **مجلة الأحكام العدلية**، ص٥٩.

(٦) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٩/٢٠١٣. وتقابلها المادة: (٦٩٥)، **مدني أردني**، ٦٣/١٩٧٦.

الفرع التاسع: تجاوز المستأجر حدود المنفعة في استعمال الشيء المؤجر:

الأصل أنَّ المستأجر يستعمل الشيء المؤجّر بحسب ما أُعدَّ له وبحسب ما جرى به العرف، جاء في شرح المنتهى : "الإجارة تقتضي الانتفاع ... فإنْ أطلق الانتفاع حمل على المعتاد[1]"، وقد يتجاوز المستأجر حدود المنفعة ويعتبر العرف مقياساً لهذا التجاوز، يقول الزقا: "ومقياس التجاوز وعدمه إنما هو العرف العادة[2]"، واستيفاء المنفعة قد يكون بحسب ما أعدَّت له ولكن يستعملها بخلاف العرف والعادة، ومثال ذلك أنْ يستعمل السيارة بتحميلها أكثر مما تحمله عادة أو الذهاب بالسيارة الصغيرة في مناطق جبلية ذات طرق غير معبدة فالعادة تقضي بعدم استعمال السيارة الصغيرة في مثل تلك المناطق، وكاستعمال المنزل للدعارة، أو إخفاء المجرمين بدل السكنى، فهذا كلَّه تجاوز لما جرى عليه العرف، وإذا تجاوز المستأجر في استعماله حدود المنفعة المتفق عليه أو التي جرى بها العرف والعادة فإنه يلزمه ضمان وتعويض ما ينتج عن تجاوزه[3]، فزيادة الأجرة بزيادة المنفعة عن المعتاد، يقول السالمي: "إذا زاد عن الحد المعتاد فعليه أن يرضي صاحبه[4]".

وهذا ما أخذ به المشرِّع العماني حيث اعتبر العرف مقياساً لتحديد تجاوز حدود المنفعة في استعمال الإجارة، جاء في المادة: (٥٤٥) "١) لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعد له وعلى نحو ما جرى عليه العرف فإذا جاوز حدود الاتفاق أو خالف ما جرى عليه العرف وجب عليه تعويض ما ينجم عن فعله من ضرر[5]".

---

(١) البهوتي، **شرح المنتهى**، ج٢، ٢٤٩.

(٢) الزرقا، ج٢، ص٨٨٧.

(٣) حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٥٤٨-٥٥١. و السنهوري، **الوسيط**، ج٦، ص٥١٩. والزحيلي، **العقود المسماة**، ص٢٤٣. وقوته، العرف، ج٢، ص٦٠٣.

(٤) السالمي، **جوابات السالمي**، ج٥، ص٢٣٦.

(٥) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة: (٦٩٥) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

الفرع العاشر: تقصير المساقي:

على المساقي ـ في عقد المساقاة ـ أن يلتزم بالالتزامات التي اتفق عليها في العقد أو جرى بها العرف، وعليه أنْ يبذل العناية والجهد في العمل، وفق ما جرى عليه عرف المزارعين، من البذر والسقي والحرث والتسميد، وترميم القناطر والسواقي وغيرها من الأعمال المتعارف عليها، جاء في الدرر السنية: " العامل يقوم بتمام العمل الذي يستحق به نصيبه من النماء، ويحصل به صلاح الثمرة، والعرف الجاري إنما هو بين العمال، مع أن العادة تغيرت على قولكم، فيلزم الفلاح تصليح جميع الثمرة، ولا يمكن من ترك نصيب المالك، لأن العقد عليه، وترك نصيب المالك ينافي مقصود المساقاة[١]"، وبما أن العرف يحدد التزامات العامل في عقد المساقاة فإن حدث تقصير من المساقي يرجع في تحكيم العرف ليكون معياراً لتقصير المساقي، يقول ابن القاسم: " ويلزم العامل كلّ ما فيه صلاح الثمرة. وصاحب الملك ما يصلحه. والمرجع إلى العرف في هذه الأشياء[٢]"، فكل ما جرى العرف أنه من التزامات المساقي وحدث فيه تقصير أثّر في الغلة، كأن يسقي الزرع مرة والمعروف سقيه ثلاث مرات، أو يقصر في سقي المواشي وعلفها فأصبحت هزيلة، أو يهمل الأدوات ولا يقوم بصيانتها وتنظيفها كلّ ذلك يعتبر تقصيراً بحسب العرف وعليه الضمان لتعديه وتفريطه، فيحط من حصته بمقدار تقصيره بحسب العرف[٣].

وهذا ما نصت عليه المادة (٥٩٢) من قانون المعاملات المدنية العماني، "إذا قصر المساقي في القيام بالعمل الذي شرط عليه أو جرى به العرف فإنه يحط من نصيبه في الغلة بنسبة ما قصر فيه من عمله[٤]"، ولم ينص القانون المدني الأردني على هذه المادة.

---

(١) علماء نجد، **الدرر السنية في الأجوبة النجدية**، ط٢، ج٦، (تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم)، د ن ،١٤١٧هـ/١٩٩٦م، ص٣٢٦.

(٢) ابن القاسم، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني(ت: ١٣٩٢هـ)، **الإحكام شرح أصول الأحكام**، ط٢، ج٣، د. ن، ١٤٠٦ هـ، ص ٢٦٦.

(٣) السنهوري، **الوسيط**، ج٦، ص ١٣٨٦-١٣٨٩. **والزحيلي، العقود المسماة**، ص٢٦٥. و قوته، ج٢، ص١٠٢٢-١٠٢٥.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني** رقم ٢٩/ ٢٠١٣. **وتقابلها المادة: (٨٣٣)، معاملات مدنية إماراتي** رقم، ١٩٨٥/٥.

الفرع الحادي عشر: ما يستحقه الورثة في عقد المقاولة المنتهي بموت المقاول:

في حالة موقت المقاول وانتهاء عقد المقاولة، إمّا بسبب قيامها على مؤهلات خاصة في المقاول، مثلاً أنْ يكونَ المقاول طبيباً تعاقد على إجراء عمليَّة جراحية أو مهندس تعاقد على بناء أو نساج على نسج سجاد، أو انتهت بسبب طلب صاحب العمل أو طلب الورثة، فإن كان المقاول قد بدأ بالعمل سواءً شرع في تنفيذه أو قبل تنفيذه بشراء الأدوات والمواد أو تصميم الخرائط التي يحتاجها العمل، فإن ورثته يستحقون قيمة ما أتم من العمل أو أنفق على المواد وتقديرها بحسب العقد فإن لم يكن مشروع في العقد، يرجع إلى العرف لتقدير قيمة العمل المنجز بحسب عرف أصحاب تلك المهنة أو الحرفة(١).

نصت المادة (٦٤٩) على الآتي: "١) ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد. ٢) إذا خلا العقد من مثل هذا الشرط أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار جاز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.٣) في كلتا الحالتين السابقتين يستحق الورثة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات وفقاً لشروط العقد وما يقتضيه العرف(٢)".

---

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٤، ص٢٢٣-٢٢٤. و الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي (ت: ٩٢٦هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، د. ط، ج٢، دار الكتاب الإسلامي، ص٤٣١-٤٣٢. و الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٥، ص٣١٧-٣٢٠. و البهوتي، **كشاف القناع**، ج٤، ص٣١، السنهوري، **الوسيط**، ج٧، ص٢٦٢. والسرحان، العقود المسماة، ص١١٩.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة: (٨٠٤)، **مدني أردني**، رقم،١٩٧٦/٦٣.

المطلب الثالث: قواعد العرف باعتباره معياراً

الفرع الأول: قاعدة "العادة محكمة[١]"

أولاً: معنى القاعدة: ذكرناه سابقاً[٢] معنى هذه القاعدة، والمقصود بها هنا أن العادة تكون معياراً يحكم به على التصرفات، في التجاوز والتقصير، و معياراً للأشياء المعتبرة التي جرت العادة قبولها والتعامل بها، يقول ابن تيمية: " وأما الدراهم والدنانير فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة، والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون به[٣]".

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

١- معيار للمال، فما يعده العرف وتجري العادة بتموّله فهو مال[٤].

٢- معيار للتعسف في استعمال الحق، فالعرف يحدد ما إذا كان الشخص تجاوز الحد أثناء ممارسة حق أم لا، كم أوقد ناراً في داره أضرت بجيرانه، فإن أوقدها على الوجه المعتاد فلا يضمن، وإن أوقدها بخلاف المعتاد كأن يوقدها باتجاه هبوب الرياح فعليه ضمان[٥]، ونصت المادة (٥٩) على الحالات التي يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع، حيث جاء في الفقرة الرابعة:" إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة[٦]".

٣- معيار للعيوب المتسامح فيها في البيع والإجارة، فكل عيب جرت العادة بالتسامح فيه فلا يحق المطالبة بضمانه، مثل أن يستأجر دار ويجد فيها بعض البلاط منكسر، فالعادة أنه عيب يتسامح

---

(١) ابن بركة، **الجامع**، ج٢، ص٢٦٦. والسبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٥٠، وابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ص١١٥، والسيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٧٥، **ومجلة الأحكام العدلية**، المادة(٣٦)، ص١٢.

(٢) انظر ص٩٠ من هذه الرسالة.

(٣) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني(ت: ٧٢٨هـ)، **مجموع الفتاوى، د ط**، ج١٩، (تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، ص٢٥١.

(٤) خياط، **نظرية العرف**، ص١٠٧.

(٥) الزرقا، **المدخل الفقهي**، ج٢، ص٨٨٧.

(٦) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم، ٢٠١٣/٢٩.

فيه[1]، هذا ما نصت عليه المادة (٤٠١) "لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه[2]". كما نصّت عليه الفقرة الأولى من المادة (٥٤٠) "يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في الشيء المؤجَّر من عيوب تحول دون الانتفاع به أو تنقص منه نقصاً فاحشاً ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها[3]"، فإذا حدث نزاع بين المؤجر والمستأجر حول عيب في الشيء المؤجر فإن المعيار العرف والعادة هل يعتبر عيب أم يتسامح فيه.

٤- إذا استأجر شخص منزل لمدة سنة ولم يحدد موعد تسليم الثمن، فعليه تسليم المبلغ نهاية كلّ شهر لأن العادة جرت عليه في عُمان، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادة (٥٢٥) على الآتي: "الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية يتبع العرف بشأن مواعيد أدائها وإلاّ حددتها المحكمة بناءً على طلب صاحب المصلحة[4]".

الفرع الثاني: قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[5]":

أولاً: معنى القاعدة: ورد معنى هذه القاعدة آنفاً في المبحث الثاني من هذا الفصل، فلا داعي للإعادة[6].

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية.

١- إذا استأجر شقة من آخر فعليه أن يستعملها بما جرت عليه العادة، وليس له أن يتجاوز العرف، كأن يستعملها للدعارة، وإن لم يشترط في العقد فإن المعروف كالمشروط[7]، وجاء في المادة (٥٤٥) "١) لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعد له وعلى نحو ما جرى عليه العرف فإذا جاوز حدود الاتفاق أو خالف ما جرى عليه العرف وجب عليه تعويض ما ينجم

---

(١) القرالة، **القواعد الفقهية**، ص١٤٥.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم،٢٠١٣/٢٩.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم،٢٠١٣/٢٩.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها الفقرة الثانية من المادة: **(٦٦٧) مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

(٥) ابن نجيم، **الاشباه والنظائر**، ص١٢٢.

(٦) انظر ص١١٧ من هذه **الرسالة**.

(٧) الزحيلي، **العقود المسماة**، ص٢٤٣.

عن فعله من ضرر[1]"، وعلى المستأجر القيام بترميم الأشياء التي جرى العرف على أنه ملزم بها وإن لم يشترط عليه في العقد فإن العرف يشترط عليه القيام بذلك، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (٥٤٧) "١) يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تم الاتفاق عليها أو جرى العرف أنه مكلف بها[2].

٢- على المستأجر أنْ يقوم بتنظيف الشيء المؤجر وإزالة ما يعلق به من أتربة وغبار، فالعادة تلزمه بذلك وإن لم يشترط في العقد، جاء في الفقرة الثانية من المادة (٥٤٧) "يلتزم المستأجر خلال مدة الإيجار بتنظيف الشيء المؤجر وإزالة ما تراكم فيه من أتربة أو نفايات وسائر ما يقضي العرف أنه مكلف بها[3]".

٣- إصلاح شبكة المياه والتوصيلات الكهربائية، وإن لم يشترط في العقد، فقد جرت العادة على أنه من تبعات المؤجر، جاء في الفقرة الأولى من المادة (٥٣٥) "١) يلتزم المؤجر بأن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في الشيء المؤجر يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة فإن لم يفعل جاز للمستأجر فسخ العقد أو الحصول على أذن من المحكمة يخوله الإصلاح والرجوع على المؤجر بما أنفق بالقدر المتعارف عليه[4]".

٤- على المساقي أن يقوم بالمحافظة على الأدوات والآلات ويقوم بصيانتها وإن لم يشترط عليه في العقد، فالعرف يشترط عليه القيام بذلك، وهذا ما نصت عليه المادة: (٥٩٢)، من قانون المعاملات المدنية العماني، " إذا قصر المساقي في القيام بالعمل الذي شرط عليه أو جرى به العرف فإنه يحط من نصيبه في الغلة بنسبة ما قصر فيه من عمله[5]".

يقول عادل قوته: "والعود إلى العرف ـ هنا ـ لتحكيمه واعتبار دلالته هو: استعمال له فيما ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف، فإخلال المؤجر بشيءٍ منها إخلالٌ بما هو كالشرط، إذ المعروف كالمشروط [6]".

---

(١) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة: (٦٩٥) **مدني أردني**، رقم ١٩٧٦/٦٣.

(٢) **قانون المعاملات المدنية العماني**، المرجع السابق.

(٣) **قانون المعاملات المدنية العماني**، رقم ٢٠١٣/٢٩. وتقابلها المادة: (٦٩٥)، **مدني أردني**، ١٩٧٦/٦٣.

(٤) **قانون المعاملات المدنية العماني**، المرجع السابق.

(٥) **قانون المعاملات المدنية العماني**، المرجع السابق. وتقابلها المادة: (٨٣٣)، معاملات **مدنية إماراتي**، رقم، ١٩٨٥/٥.

(٦) قوته، **العرف**، ج٢، ص٥٩٣.

المطلب الرابع: تطبيقات العرف باعتباره معياراً في المحاكم العمانية.

الفرع الأول: التنانير[١] مرافق عامة[٢]:

أولا: ملخص الواقعة: قام شخص برفع دعوى على أهل القرية يطالب فيها بنقل التنور من مكانه الذي وضع فيه منذ زمن بعيد تعارفه الناس وألفوه، مدعي ملكيته للمكان المقام عليه التنور.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية ، رقم ٧٥/ في الطعن رقم ٢٠٠٤/٤٩م، تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٤م. تنور (مرفق عام ـ منشآت ضارة ـ عرف):

إن التنانير من المرافق العامة وهي موجودة في جميع ولايات السلطنة والانتفاع بها عام، ومن ثم لم يسبق لأي جهة على اختلاف اختصاصاتها أن عارضت بناء هذه التنانير بالرغم أنها تقام خارج المنازل وفي مواقع غير خاصة وذلك على جهة التوسع والترفق، ولو لا ذلك لضاق الحال بالناس، ولأن العادة محكمة، فيبقى ما كان على ما كان إلاّ إذا رأي الجميع نقله إلى مكان آخر.

ثالثاً: التعليق على قرار المحكمة فيما استندت عليه :

راعت المحكمة المصلحة العامة وطبقت قاعدة العادة محكمة، فالعرف هنا معيار للترجيح بين الخصوص واستدلت المحكمة بالعرف وما جرى عليه استعمال الناس.

الفرع الثاني: سحب الماء من بطون الأودية[٣]:

أولاً: ملخص الواقعة: قام أهالي بلدة برفع دعوى على أهالي بلدة أخرى، يطالبون فيها بمنعهم من سحب الماء من بطن الوادي الذي يغذي أفلاجهم، لأن ذلك يؤثر على منسوب المياه في تلك الأفلاج، مما يؤدي إلى الإضرار بمزارعهم.

---

(١) التنور: موقد يحفر في الأرض لشيِّ اللحم أو إعداد الخبز. **مجموعة مؤلفين**، الموسوعة العمانية، ج٢، ص٧٨١.

(٢) المحكمة العليا، **المبادئ القضائية**، لسنة/٢٠٠٤م، ص٢١٨-٢٢١.

(٣)المحكمة العليا، **المبادئ القضائية**، لسنة/٢٠٠٨م، ص٢٨٣-٢٢٥.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية ، رقم ٣٥/ في الطعن رقم ٢٠٠٧/٤١٧م، تاريخ ٢٠٠٧/٥/٣١م:

- إثبات:

تحصيل الوقائع في الدعوى وتقدير الدليل والضرر هي من اختصاص قاضي الموضع.

- ثروة وطنية:

المياه هي ثروة وطنية ويقع باطلاً أيٌّ اتفاق يخالف النصوص القانونية المنظمة لها لأنها نصوص آمرة تحقق المصلحة العامة.

- أفلاج:

السماح بسحب الماء من بطون الأودية التي تتغذى منها الأفلاج والآبار ـ نتيجته ـ اختلال بالموازين والأعراف ويوقع الضرر.

- الأفلاج ـ مضرة:

بعد مكان الأودية عن الأفلاج لا يبرر جواز سحب المياه من الأودية إذا ثبتت مضرته.

ثالثاً: التعليق على قرار المحكمة فيما استندت عليه:

سعت المحكمة إلى دفع الضرر الواقع على الحرث والنسل، ومراعات المصلحة العامة والعادات والأعراف التي تعتبر معياراً لطريقة سحب الماء من بطون الأودية.

الفرع الثالث: السقيا من الأفلاج[1]:

أولا: ملخص الواقعة: أقام شخص دعوى ضد أخرون مدعياً أنهم يتعسفون في استخدام ماء الفلج بخلاف المتعارف عليه، مطالباً منعهم من استخدام مياه الفلج للسقيا.

---

(١) المحكمة العليا، **المبادئ القضائية**، لسنة/٢٠٠٣م، ص٢٠١-٢٠٣.

ثانيـــاً: قــرار المحكمـــة العليـــا العمانيـــة ، رقــم ٥/ فـــي الطعـــن رقــم ٢٠٠٢/٩٩م، تـــاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٩م. مصلحة عامة ـ أفلاج ـ ضرر:

- المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة.
- الورد (السقيا) من الأفلاج مباح حسب العرف.
- الأصل في الأشياء الإباحة مالم يرد قيد عليها.
- الضرر يزل ولكن لا يزال بضرر أشد.

ثالثاً: التعليق على قرار المحكمة فيما استندت عليه:

قدمت المحكمة المصلحة العامة على الخاصة، كما أنها جعلت العرف معياراً للتعسف في استعمال مياه الأفلاج، الذي هو حق للناس أباحه العرف، ومن استخدمه بخلاف العرف يعتبر متعسفاً.

الفرع الرابع: الأراضي ذات المصلحة العامة(١):

أولاً: ملخص الواقعة: أقام أهالي القرية بدعوى ضد شخص قام بإحداث بناء بالمواد الثابتة في مكان عام تعارف الناس على استخدامه مترفق لأصحاب المواشي من البادية.

ثانيـــاً: قــرار المحكمـــة العليـــا العمانيـــة ، رقــم ٣٣/ فـــي الطعـــن رقــم ٢٠٠١/١م، تـــاريخ ٢٠٠٣/٦/٢٢م. أدلة ـ محكمة موضوع ـ المصلحة ـ عرف:

- قبول البيانات ورفضها من اختصاص محكمة الموضوع تعديلاً أو تجريحاً، قبولاً أو رفضاً.
- العادة محكمة، والعبرة بالعرف مالم بتعارض مع الشرع والقانون.
- يشترط وجود المصلحة في إقامة الدعوى.

ثالثاً: التعليق على قرار المحكمة فيما استندت عليه:

اقرت المحكمة العادة والعرف الذي لا يتعارض مع الشرع والقانون، و اعتبرته معياراً لفض النزاع بين الخصوص في استخدام الأراضي ذات المصلحة العامة.

---

(١) المحكمة العليا، **المبادئ القضائية**، لسنة/٢٠٠١م، ص٣٢٦-٣٢٧.

الفرع الخامس: قناطر الأفلاج[1]:

أولاً: ملخص الواقعة: أقام وكيل الفلج بدعوى ضد شخص قام ببناء معبر للسيارات فوق الفلج، مكان المعبر القديم الذي كان يستخدمه للمرور إلى منزله، علماً بأنَّ المعبر القديم كان صغيراً يستخدم للمشاة، والوكيل يرفض إقامة معبر للسيارات.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية ، رقم ٢٧/ في الطعن رقم ٢٠٠٣/١١٥م، تاريخ ٢٠٠٤/٤/١٠م. أفلاج (قناطر- ضرورات):

- للضرورات أحكام يؤخذ بها في أوقاتها وقد جاء في الأثر جواز وضع القناطر على الأفلاج حسب المتعارف عليه في كثير من الأفلاج في عُمان.
- الحكم الابتدائي المبنى على قاعدة مأخوذ بها في الأثر من وضع القناطر على عواميد الأفلاج مع رفع المضرة على الجانبين حكم صحيح.

ثالثاً: التعليق على قرار المحكمة فيما استندت عليه:

راعت المحكمة تغير العرف بتغير الزمان ورفع الضرر والمشقة عن الناس، حيث جرى العرف على إنشاء هذه القناطر، وقد كانت تستخدم للمرور على الأقدام أو وسائل النقل المتوفرة حسب ذلك الزمن ومع تطور وسائل النقل واستخدام السيارة كوسيلة نقل احتاج الناس إلى توسيع القناطر بحيث تتسع لمرور السيارات، فالعرف معيار لما يجوز استحداثه من القناطر فوق الأفلج.

---

(١) المحكمة العليا، **المبادئ القضائية**، لسنة/٢٠٠٣م، ص١٤٩-١٥٢.

الخاتمة

توصل الباحث في نهاية هذه الدراسة إلى عدة نتائج تمثلت في الإجابة عن الأسئلة المطروحة في إشكاليات البحث وهي كالآتي:

أولاً: النتائج:

١) أن العرف مصدراً من مصادر قانون المعاملات المدنية العماني، حيث وضع المشرع العرف في المرتبة الرابعة بين مصادر قانون المعاملات المدنية العماني فهو يأتي بعد القانون والفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية.

٢) للعرف أثر كبير في قانون المعاملات المدنية العماني، فقد اعتمد المشرع على العرف وأسند إليه أدواراً ووظائف عدّة، فتارة نجد العرف يوضح ويفسر القانون وتارة أخرى يفسر العقود، كما أن العرف يكمل في كثير من الأحيان النقص ويسد الخلل الواقع في القانون نفسه أو في العقود، كما يعتبر العرف مقياساً ومعيارً لكثير من الأشياء كالتعسف والغلط و المالية وغيرها من الأشياء التي كان العرف ضابطاً لها.

٣) هناك ما يقارب أكثر من مائة إحالة إلى العرف في قانون المعاملات المدنية العماني خاصة في العقود، كعقد البيع والإجارة والإعارة والمقاولة، كان العرف فيها إما مفسراً أو مكملاً أو معياراً.

٤) لم تكن هناك أحكام قضائية كثيرة استندت إلى العرف في المعاملات المدنية؛ ولعل السبب في ذلك يرجع إلى تأخر صدور قانون المعاملات المدنية العماني.

ثانياً: التوصيات:

من خلال هذه الدراسة حول قانون المعاملات المدنية العماني، هناك بعض التوصيات التي يوصي الباحث المختصين بها وهي كالآتي:

١) يقترح الباحث ضرورة وضع تنظيم خاص لأعراف الفلج، بحيث يسهل على القاضي الفصل في الكثير من القضايا والنزاعات المتعلقة بالأفلاج.

٢) يقترح الباحث إضافة بعض القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف كقاعدة العادة محكمة، وذلك لأهمية هذه القواعد التي يستند إليها القاضي في حكمه، خاصة وأن عمان بلد تأخذ فيه العادات والأعراف أهمية كبيرة بين الناس.

٣) يقترح الباحث على طلبة العلم بمزيد من البحوث والدراسات في شتى أقسام هذا القانون البكر الذي يوفر أرضاً خصبةً للباحثين في المعاملات المدنية، كما أن القانون بحاجة إلى شرح يسترشد به القضاة والمحامون والباحثون.

فهرس الآيات:

ت	الآية	السورة: رقم الآية	الصفحة
١	﴿ ذَلِكَ الْكِتَابُ لَا رَيْبَ فِيهِ ﴾	البقرة: ٢	٥٢
٢	﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾	البقرة: ٢٩	٢٥
٣	﴿وَلَقَدْ أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ آيَاتٍ بَيِّنَاتٍ وَمَا يَكْفُرُ بِهَا إِلَّا الْفَاسِقُونَ﴾	البقرة:٩٩	٤٩
٤	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	البقرة: ١٨٥	١٨
٥	﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾	البقرة: ٢٣٣	٦١
٦	﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	البقرة: ٢٣٣	١١٩
٧	﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾	البقرة:٢٤١	١١٨
٨	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	البقرة: ٢٧٥	٣١
٩	﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾	البقرة: ٢٨٦	٢٣
١٠	﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾	النساء: ١١	٥٩،٢٨
١١	﴿ لَوْلَا يَنْهَاهُمُ الرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ ...﴾	المائدة: ٦٣	١١
١٢	﴿هَلْ يَنْظُرُونَ إِلاَّ تَأْوِيلَهُ﴾	الأعراف: ٥٣	٥١
١٣	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾	الأعراف:١٩٩	٢١
١٤	﴿ وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا ﴾	هود: ٦	٥٩
١٥	﴿ وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ ﴾	يوسف: ١٩	٥٩
١٦	﴿ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ﴾	ابراهيم: ٧	و
١٧	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	الحج: ٧٨	١٨
١٨	﴿عَلَّمَهُ الْبَيَانَ﴾	الرحمن: ٤	٤٨
١٩	﴿فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ (١٨) ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ﴾	القيامة: ١٨-١٩	٤٩

فهرس الأحاديث:

ت	نص الحديث	الصفحة
١	"لا ضرر ولا ضرار".	٢٥، ٨٣، ٨٥
٢	قال عبدالله بن مسعود في حديثٍ موقوف: "ما رآه المسلمون حَسناً فهو عند الله حسن"	٢٣
٣	جاءت هند بنت عتبة فقالت: يا رسول الله إنَّ أبا سفيان رجلٌ شحيح وليس لي منه إلا ما يدخل علي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"	١٢٠

المصادر والمراجع

١. إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، **المعجم الوسيط**، د. ط، (تحقيق: مجمع اللغة العربية)، دار الدعوة، د.ن.

٢. أحمد مختار عبد الحميد عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، ط١، عالم الكتب، ١٤٢٩هـ – ٢٠٠٨م.

٣. استانبولي، محمد، وبطرس، دورين، و أبو قاعود، منير، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، المكتب الفني، نقابة المحامين، عمّان، ٢٠١٥.

٤. الأسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، (ت:٧٧٢هـ)، **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**، ط٢، (تحقيق: محمد حسن اسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م.

٥. اطفيش، محمد بن يوسف، (ت: ١٣٣٢هـ)، **شرح النيل وشفاء العليل**، ط٢، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥.

٦. الألباني، محمد ناصر الدين (ت: ١٤٢٠هـ)، **مشكلة الفقر**، ط١، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٤م.

٧. الألوسي، محمود بن عبد الله، (ت:١٢٧٠هـ)، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، ط١، (تحقيق: علي عبد الباري عطية)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ.

٨. الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد، (ت:٦٣١)، **الإحكام في أصول الأحكام**، ط٥، (تحقيق: ابراهيم العجوز)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م.

٩. ابن أمير الحاج، محمد بن محمد بن محمد (ت: ٨٧٩هـ)، **التقرير والتحبير**، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.

١٠. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي (ت: ٩٢٦هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، د ط، دار الكتاب الإسلامي.

١١. أنور سلطان، **النظرية العامة للالتزام**، دار المعارف، ١٩٦٥م

١٢. البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، (ت: ٧٨٦هـ)، **العناية شرح الهداية**، د. ط، دار الفكر.

١٣. الباجي، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، (ت: ٤٧٤هـ)، **المنتقى شرح الموطأ**، ط١، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٣٢هـ.

١٤. الباحسين، يعقوب بن عبدالوهاب، **قاعدة العادة محكمة**، ط١، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.

١٥. البخاري، عبدالعزيز بن أحمد(ت:٧٣٠هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م.

١٦. ابن بركة، محمد بن عبدالله البهلوي، (القرن الرابع الهجري)، **الجامع**، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.

- **التعارف**، ط١، (تحقيق: بدر بن سيف الراجحي)، ذاكرة عُمان، سلطنة عُمان، مسقط، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.

١٧. البرنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد ، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقهية الكلية**، ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ/١٩٩٦م.

١٨. ابن برهان، أحمد بن علي، (ت:٥١٨هـ)، **الوصول إلى علم الأصول**، ط٢، (تحقيق: د. عبد الحميد علي أبو زبيدة)، دار الفاروق، عمّان، الأردن، ١٤٣٨هـ/٢٠١٧م.

١٩. البلدحي، عبد الله بن محمود بن مودود ، (ت: ٦٨٣هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، دار الكتب العلمية - بيروت،١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.

٢٠. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، (ت: ١٠٥١هـ)، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، ط١، عالم الكتب، ١٤١٤هـ -١٩٩٣م.

- **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢١. التفتازاني، مسعود بن عمر (ت:٧٩٢هـ)، **التلويح على التوضيح**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٢. تناغو، سمير عبد السيد، **نظرية الالتزام**، د ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

٢٣. توفيق، حسن فرج، **المدخل إلى العلوم القانونية**، المكتبة المصرية الحديثة، الاسكندرية، ١٩٧٠.

٢٤. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني (ت: ٧٢٨هـ)، **الاختيارات الفقهية**، ط١، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، السعودية.

- **العقود**، دار السنة المحمدية، القاهرة، مصر.
- **مجموع الفتاوى**، د ط، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
- **المسوَّدة في أصول الفقه**، د ط، (تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد)، دار الكتاب العربي، د. ت).

٢٥. الثعلبي، محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر،(ت: ٤٢٢هـ)، **التلقين في الفقه المالكي**، ط١، (تحقيق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني)، دار الكتب العلمية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٢٦. الجبوري، ياسين محمد، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**، ط٢، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

٢٧. الجحافي، حميد بن حمد، **العرف عند الأصوليين وأثره في الفقه الإباضي**، تونس، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

٢٨. الجرجاني، علي بن محمد (ت: ٨١٦هـ)، **التعريفات**، ط١، (تحقيق: ابراهيم الإيباري)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.

٢٩. الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ) ، **أحكام القرآن**، ط١، (تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

٣٠. الجمّال، محمد محمود، **تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة**، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧م.

٣١. الجوزي، عبد الرحمن بن علي بن محمد، (ت:٥٩٧هـ)، **زاد المسير في علم التفسير**، ط١، (تحقيق: عبد الرزاق المهدي)، دار الكتاب العربي، بيروت.

٣٢. الجويني، عبدالملك بن عبد الله، (ت: ٤٧٨)، **البرهان في أصول الفقه**، ط١، (تحقيق: صلاح محمد عويضة)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

٣٣. الجيدي، عمر بن عبدالكريم، **العرف والعمل في المذهب المالكي**، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ١٩٨٢م.

٣٤. الحاكم، محمد بن عبدالله (ت: ٤٠٥هـ)، المستدرك على الصحيحين، ط١، (تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.

٣٥. حجازي، عبد الحي، **المدخل لدراسة العلوم القانونية**، د ط، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢م.

- **النظرية العامة للالتزام**، د ط، مطبوعات جامعة الكويت، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٣٦. الحديثي، خالد عبد حسين، **تكميل العقد**، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠١٢م.

٣٧. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر – بيروت، لبنان.

٣٨. حسين حامد الصالح، **التأويل اللغوي في القرآن الكريم**، ط١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

٣٩. ابن حنبل،أحمد بن محمد الشيباني، (ت: ٢٢١هـ)، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ط١، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط – عادل مرشد)، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.

٤٠. الخازن، علي بن محمد بن إبراهيم، (ت:٧٤١هـ)، **لباب التأويل في معاني التنزيل**، ط١، (تحقيق: تصحيح محمد علي شاهين)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ.

٤١. أبو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن، (ت: ٥١٠هـ)، **التمهيد في أصول الفقه**، ط١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٣٧هـ/ ٢٠١٦م.

٤٢. الخليلي، أحمد بن حمد، **جواهر التفسير**، ط١، مكتبة الاستقامة، روي، سلطنة عُمان، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

٤٣. خياط، عبدالعزيز، **نظرية العرف**، مكتبة الأقصى، عمّان١٩٧٧م، ١٣٩٧هـ.

٤٤. الدبو، إبراهيم فاضل، **ضمان المنافع**، ط٢، دار عمار، عمّان، الأردن،١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

٤٥. الدبوسي، عبيد الله بن عمر (ت:٤٣٠هـ)، **تقويم الأدلة في أصول الفقه**، ط١، (تحقيق: عدنان العلي)، المكتبة العصرية، بيروت ، لبنان،١٤٢٦هـ/٢٠٠٦م.

٤٦. الدريني، محمد تحي، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، ط٣، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م.

– **المناهج الأصولية**، ط٣، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م.

٤٧. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: ١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت.

٤٨. الرازي، محمد بن أبي بكر (ت: ٦٦٦هـ)، **مختار الصحاح**، (تحقيق: محمود خاطر)، مكتبة لبنان، بيروت، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.

٤٩. الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، (ت:٦٠٦هـ)، **المحصول في علم الاصول**، ط١، (تحقيق: عبدالقادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.

- **تفسير الرازي**، ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ.

٥٠. ابن رجب، عبدالرحمن بن أحمد الحنبلي (ت:٧٩٥هـ)، **جامع العلوم والحكم**، ط٧، (تحقيق: شعيب الأرنوؤط، و إبراهيم باجس)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ،٢٠٠٠م.

- القواعد الفقهية، ط١، (تحقيق: محمد علي البنّا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

- **جامع العلوم والحكم**، ط٧، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط)، وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ -٢٠٠١م.

٥١. ابن رشد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، **المقدمات الممهدات**، ط١، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط١، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.

٥٢. رمضان أبو السعود، **مصادر الالتزام**، ط٣، من د.ن، ٢٠٠٣م.

٥٣. الرملي، محمد بن أبي العباس، (ت: ١٠٠٤هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، د ط، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م،.

٥٤. الزبيدي، محمد مرتضى (ت: ١٢٠٥هـ/١٧٩٠م)، **تاج العروس**، دار الهداية.

٥٥. الزحيلي، محمد مصطفى، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، ط٤، دار الفكر، دمشق، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.

- **النظريات الفقهية**، ط١، دار القلم، دمشق، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.

٥٦. الزحيلي، وهبة مصطفى، **أصول الفقه الإسلامي**، ط١١، دار الفكر، دمشق، ١٤٣٦هـ /٢٠١٥م.

- **الضرورة الشرعية**، ط٤، دار الفكر، دمشق، سوريا، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

- **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط٤، دار الفكر، دمشق، سوريا.

٥٧. الزرقا، أحمد بن محمد، **شرح القواعد الفقهية**، ط١٠، دار القلم، دمشق، ١٤١٣هـ/٢٠١٢م.

٥٨. الزرقا، مصطفى أحمد، **العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع**، ط٢، دار القلم، دمشق، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م.

- **المدخل الفقهي العام**، ط٣، دار القلم، دمشق، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م.

- **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة**، ط١، دار القلم، دمشق، سوريا، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.

- **شرح القانون المدني السوري**، ط٤، مطبعة الحياة، دمشق، سوريا، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.

٥٩. الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (ت:٧٩٤هـ)، **المنثور في القواعد**، ط١، (تحقيق: محمد حسن اسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ،٢٠٠٠م.

- **شرح الزركشي**، ط١، دار العبيكان، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣م.

٦٠. الزعبي، محمد يوسف، **عقد البيع في القانون الأردني**، ط١، د. ن،١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

٦١. الزلمي، مصطفى إبراهيم، **أصول الفقه الإسلامي**، ط١، دار وائل للنشر، عمّان، الأردن،٢٠١١م.

٦٢. الزمخشري، محمود بن عمرو بن أحمد، (٥٣٨هـ)، **الكشاف**، ط٣، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٧هـ.

٦٣. الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن، (ت: ٧٤٣ هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ**، الحاشية: الشِّلْبِيُّ أحمد بن محمد بن أحمد (ت: ١٠٢١ هـ)، ط١، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ١٣١٣ هـ.

٦٤. السالمي، عبد الله بن حميد (ت:١٣٣٢هـ)، **جوابات الإمام السالمي**، ط١، مكتبة الإمام السالمي، بدية، سلطنة عُمان، ٢٠١٠م.

- **العقد الثمين**، ط١، (تحقيق: سالم بن حمد بن سليمان الحارثي)، مكتبة الضامري، سلطنة عمان، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

- **طلعة الشمس**، (تحقيق: عمر القيّام)، مكتبة الإمام السالمي، بدية، سلطنة عمان، ٢٠١٠م.

٦٥. السُّبكي، عبدالوهاب بن علي بن عبد الكافي، (ت:٧٧١هـ)، **الأشباه والنظائر**، د ط، (تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

- **الإبهاج في شرح المنهاج**، ط١، تحقيق: محمود أمين السيد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.

٦٦. السدلان، صالح بن غانم، **القواعد الفقهية الكبرى**، ط١، دار بلنسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٧هـ.

٦٧. السرحان، عدنان إبراهيم، **شرح أحكام العقود المسماة**، ط١، دار وائل، عمّان، الأردن، ٢٠٠٥م.

- **شرح القانون المدني العقود المسمَّاة**، ط٥، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.

٦٨. السرخسي ،محمد بن أحمد (ت:٤٩٠) ، **أصول السرخسي**، ط٣، (تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٣٦هـ/ ٢٠١٥م.

- **المبسوط**، دار المعرفة ، بيروت، ١٤١٤هـ،١٩٩٣م.

٦٩. السريري، أبي الطيب مولود، **القانون في تفسير النصوص**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.

٧٠. السعدي، جابر بن علي (معاصر)، **ابن بركة وأراءه الأصولية**، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية ، ١٩٩٤م.

٧١. السعدي، محمد صبري، **تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية**، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

٧٢. السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، (ت: نحو ٥٤٠هـ)، **تحفة الفقهاء**، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م.

٧٣. السنهوري، عبد الرزاق بن أحمد، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان: ١٩٩٨.

– **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٧٤. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، وأبو شنتيت، أحمد حشمت، **أصول القانون**، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٤١م.

٧٥. السهالوي، عبد العلي محمد نظام الدين، (ت:١٢٢٥هـ)، **فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت**، ط١، (تحقيق: عبدالله محمود محمد عمر)، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.

٧٦. سوار، محمد وحيد الدين، **النظرية العامة للالتزام**، مطبعة دار الكتاب، ١٣٩٦هـ/١٩٧٦م.

٧٧. سوزان عبد الحميد حسين، **تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ٢٠٠٦.

٧٨. السيابي، خلفان بن جميل، **فصول الأصول**، ط٣، (تحقيق: سليم بن سالم آل ثاني)، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عُمان، مسقط، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م.

٧٩. السيد صالح عوض، **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.

٨٠. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: ٩١١هـ)، **الإتقان في علوم القرآن**، (تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٣٩٤هـ/ ١٩٧٤م.

- **الأشباه والنظائر** ، ط١، (تحقيق : كمال بن السيد سالم)، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، ٢٠١٢م.

٨١. السيوطي، مصطفى بن سعد بن عبده، (ت: ١٢٤٣هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ط٢، المكتب الإسلامي، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٨٢. الشاشي، علي أحمد محمد (ت: ٣٤٤)، **أصول الشاشي**، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧م، ١٤٢٨هـ.

٨٣. الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: ٧٩٠هـ)، **الموافقات**، ط٨، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١١م.

٨٤. الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس، (ت: ٢٠٤هـ)، **الأم**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

٨٥. شبير، محمد عثمان، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية**، ط٤، دار النفائس، الأردن، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م.

٨٦. الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، (ت: ٩٧٧هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

٨٧. الشرقاوي، جميل، **النظرية العامة للالتزام**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩١م.

- **دروس في أصول القانون**، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.

٨٨. الشقصي، خميس بن سعيد بن علي بن مسعود، **منهج الطالبين وبلاغ الراغبين**، ط٢، تحقيق: سالم بن حمد بن سليمان الحارثي، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

٨٩. الشهرستاني، محمد بن عبد الكريم بن أبى بكر، (ت: ٥٤٨هـ)، **الملل والنحل**، د ط، مؤسسة الحلبي، د ت.

٩٠. الشواربي، عبد الحميد، **المشكلات العملية في تنفيذ العقد**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨م.

٩١. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (ت: ١٢٥٠هـ)، **نيل الأوطار**، ط١، (تحقيق: عصام الدين الصبابطي)، دار الحديث، مصر، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

- **إرشاد الفحول إلى علم الأصول**، ط٤، (تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق)، دار الفكر، دمشق، بيروت، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

٩٢. شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، (ت: ١٠٧٨)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، د ط، (تحقيق: خليل عمران المنصور)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٩٣. الصّالح، محمد أديب، **تفسير النصوص**، ط٥، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

٩٤. الصّدّة، عبد المنعم فرج، **أصول القانون**، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت.

- **نظريّة العقد في قوانين البلاد العربية**، د ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٤م.

٩٥. الصرّاف، عباس وجورج، حزبون، **المدخل إلى علم القانون**، ط١٦، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٧هـ -٢٠١٦م.

٩٦. الطرابلسي، علي بن خليل (ت: ٨٤٤هـ)، **معين الحكّام**، دار الفكر.

٩٧. الطوفي، سليمان بن عبدالقوي (ت:٧١٦هـ)،**شرح مختصر الروضة**، ط١، (تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي)، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.

٩٨. الطيب خضري السيد ، **الاجتهاد فيما لا نص فيه**،ط١، دار الطباعة المحمدية ، القاهرة، ١٣٩٩هـ،١٩٧٩م.

٩٩. عابدين ابن ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ت: ١٢٥٢هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، ط٣، دار الفكر – بيروت ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م.

– **مجموعة رسائل ابن عابدين**، نقلا عن ابي الحافظ النسفي في كتابه المستصفى، وهو مخطوط.

١٠٠. العبادي، علي بن محمد الحدادي الزبيدي، (ت: ٨٠٠هـ)، **الجوهرة النيرة على مختصر القدوري**، ط١، المطبعة الخيرية،١٣٢٢هـ.

١٠١. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) **الكافي في فقه أهل المدينة**، ط٢، تحقيق: محمد محمّد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية،١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

١٠٢. ابن عبد السلام، عز الدين بن عبد العزيز، (: ٦٦٠هـ)، **قواعد الأحكام في إصلاح الأنام**، ط٥،(تحقيق: نزيه كمال حمّاد و عثمان جمعة ضميريّة)، دار القلم، دمشق، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م.

١٠٣. عبدالباقي، **نظرية القانون**، ط٥، مطبعة نهضة مصر، ١٩٦٦م.

١٠٤. عبدالكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق ،١٤٣٦هـ / ٢٠١٥م.

١٠٥. عبدالوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، ط١، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ٢٠١٤هـ.

١٠٦. العبودي، عباس، **شرح أحكام العقود المسماة**، ط٣، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.

١٠٧. ابن العربي، محمد بن عبد الله المعافري الاشبيلي المالكي (ت: ٥٤٣هـ)، **أحكام القرآن**، ط٣، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م .

١٠٨. العسقلاني، أحمد بن علي ابن حجر(ت: ٨٥٢هـ)، **التلخيص الحبير**، ط١، (تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب)، مؤسسة قرطبة، مصر، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

١٠٩. علماء نجد، **الدرر السنية في الأجوبة النجدية**، ط ٢، (تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم)، د. ن، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

١١٠. علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، (ت: ١٣٢١هـ)، ط، (تعريب: فهمي الحسيني)، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠١٠.

١١١. عليش، محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله المالكي (ت: ١٢٩٩هـ)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، د ط، دار الفكر – بيروت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

١١٢. العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، (ت: ٥٥٨هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، ط١، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج – جدة، ١٤٢١ هـ– ٢٠٠٠م.

١١٣. العوتبي، سلمة بن مسلم بن ابراهيم، (ت: ٤٥٣هـ)، **الضياء**، ط١، تحقيق: رزق هيبة، وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، سلطنة عمان.

١١٤. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، **الوسيط في المذهب**، ط١، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ.

- **المستصفى من علم الأصول**، د ط، (تحقيق: طه الشيخ)، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، د.ت.

١١٥. الفار، عبد القادر، **المدخل لدراسة العلوم القانونية**، ط١٦، دار الثقافة، الأردن، عمّان، ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م.

١١٦. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا (ت: ٣٥٩هـ/١٠٠٤م)، **معجم مقاييس اللغة**، (تحقيق: عبدالسلام هارون)، دار الفكر، ١٣٩١هـ /١٩٧٩م.

١١٧. الفتلاوي، صاحب عبيد، **ضمان العيوب**، ط١، دار الثقافة، عمّان، الأردن،١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

١١٨. فرج، توفيق حسن، **النظرية العامة للالتزام**، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، مصر، ١٩٦٩م.

١١٩. ابن فرحون، إبراهيم بن علي (ت:٧٩٩هـ)، **تبصرة الحكام** ، ط١، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ /١٩٨٦م.

١٢٠. الفضلي، جعفر محمد، **الوجيز في العقود المدنية**، ط٤، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م.

١٢١. فودة، عبد الحكم، **تفسير العقد في القانون المدني المصري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م.

١٢٢. ابن القاسم، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني(ت: ١٣٩٢هـ)، **الإحكام شرح أصول الأحكام**، ط ٢، د ن، ١٤٠٦هـ.

١٢٣. **قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم (٣٦/٢٠١٠).**

١٢٤. **قانون الأحوال الشخصية العماني** رقم (٣٢/١٩٩٧).

١٢٥. **القانون البحري العماني** رقم (٣٥/١٩٨١).

١٢٦. **قانون التجارة الأردني** رقم (١٢/١٩٦٦).

١٢٧. **قانون التجارة العماني** رقم (٥٥/١٩٩٠).

١٢٨. **قانون الجزاء العماني** رقم (٧/١٩٧٤).

١٢٩. **القانون المدني الأردني** رقم (٦٧/١٩٧٦).

١٣٠. **القانون المدني العراقي** رقم (٤٠/١٩٥١).

١٣١. **القانون المدني المصري** رقم (١٣١/١٩٤٨).

١٣٢. **قانون المعاملات المدنية الإماراتي** رقم (٥/١٩٨٥).

١٣٣. **قانون المعاملات المدنية العماني** رقم ٢٩/٢٠١٣.

١٣٤. ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد (ت: ٦٨٢هـ)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، د ط، دار الكتاب العربي، د. ت.

١٣٥. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، **المغني**، د. ط، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

١٣٦. القرافي، أحمد بن إدريس (ت: ٦٨٤هـ)، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام** ، ط٥، دار السلام ، القاهرة، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.

- **شرح تنقيح الفصول**، ط١، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م.
- **الفروق**، ط١، (تحقيق: خليل المنصور)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

١٣٧. القرالة، أحمد ياسين، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية**، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.

- **المبادئ اللغوية في أصول الفقه**، ط١، دار جليس الزمان، عمّان، الأردن، ٢٠١٤م.
- بحث بعنوان: وظائف العرف في التشريع، **المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية**، العدد(١)، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.

١٣٨. القرطبي، محمد بن أحمد، (ت:٦٧١هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، ط٢، (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش)، دار الكتب المصرية، القاهرة،١٣٨٤هـ، ١٩٦٤م.

١٣٩. قرني، عادل يحيى، **شرح قانون الجزاء العماني**، ط ٢، مجمع الدراسات والبحوث، أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة، عُمان، ١٤٣٢هـ،٢٠١١

١٤٠. القضاة، عمار محمد ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني، ط١، دار الثقافة ، عمّان، الأردن، ١٤٣٦هـ/ ٢٠١٥م.

١٤١. قوته، عادل بن عبدالقادر، **العرف**، ط١ المكتبة المكية، مكة المكرمة، السعودية، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

١٤٢. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الجوزية، (ت: ٧٥١هـ)، **بدائع الفوائد**، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

- **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط٢، (تحقيق :محمد عبدالسلام إبراهيم)، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤٣٥هـ،٢٠١٤م.

١٤٣. الكاساني، مسعود بن أحمد، (ت: ٥٨٧)، **بدائع الصنائع**، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

١٤٤. الكُدمي، محمد بن سعيد، **المعتبر**، د ط، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

١٤٥. كرم، عبد الواحد، **معجم مصطلحات الشريعة والقانون**، ط٢، د ن، دار نشر، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

١٤٦. الكمال ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت: ٨٦١هـ)، فتح القدير، د ط، دار الفكر، د ت.

١٤٧. الكندي، أحمد بن عبدالله بن موسى، **المصنف**، (ت:٥٥٧هـ)، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٥هـ/١٩٨٤م، ص٦٩.

١٤٨. الكندي، محمد بن إبراهيم، (ت:٥٠٧هـ)، **بيان الشرع**، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

١٤٩. كيره، حسن، **المدخل إلى القانون**، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٩م.

١٥٠. الماتريدي، محمد بن محمد بن محمود، (ت: ٣٣٣هـ)، **تأويلات أهل السنة**، ط١، (تحقيق: د. مجدي باسلوم)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٦ هـ/ ٢٠٠٥ م.

١٥١. ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، (ت:٢٧٣هـ)، **سنن ابن ماجة**، ط١، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، وعادل مرشد، ومحمَّد كامل قره بللي، وعَبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.

١٥٢. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، (ت: ١٧٩هـ)، **المدونة**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

١٥٣. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد،(ت: ٤٥٠هـ)، **الحاوي الكبير**، ط١، (تحقيق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ١٤١٩ هـ –١٩٩٩ م.

١٥٤. المحكمة العليا، **المبادئ القضائية**، سلطنة عُمان، مسقط، لسنة، ٢٠٠٣–٢٠٠٨م.

١٥٥. **مجلة الأحكام العدلية**، ط١، دار الثقافة، عمّان الأردن، ١٩٩٩م.

١٥٦. مجموعة مؤلفين، **الموسوعة العمانية**، ط١،، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، مسقط، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.

١٥٧. محاسنة، نسرين سلامة، **شرح القانون المدني العقود المسماة**، ط١، دار وائل، عمّان، الأردن، ٢٠١٣م.

١٥٨. محمد أبو زهرة، **أصول الفقه**، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م.

١٥٩. محمد تقي الحكيم ، **الأصول العامة للفقه المقارن**، دار الأندلس للطباعة والنشر.

١٦٠. محمود جلال حمزة، **التبسيط في شرح القانون المدني الأردني**، ط١، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

١٦١. المرداوي، علي بن سليمان، (ت: ٨٨٥هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط٢، دار إحياء التراث العربي، د ت.

١٦٢. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل،(ت: ٥٩٣هـ)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، د ط، (تحقيق: طلال يوسف)، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ت.

١٦٣. مرقس، سليمان، **الوافي في شرح القانون المدني**، ط٦، د. ن، د. ت، ١٩٨٧م.

- **شرح القانون المدني- المدخل للعلوم القانونية-**، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧م.

١٦٤. المروزي، أبو المظفر السمعاني، (ت: ٤٨٩هـ)، **القواطع في أصول الفقه**، ط١، (تحقيق: صالح سهيل علي حمودة)، دار الفاروق، عمّان، الأردن، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

١٦٥. مصطفى عبد الجواد، **مصادر الالتزام**، د ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، ٢٠٠٥م.

١٦٦. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، (ت: ٨٨٤هـ)، **المبدع في شرح المقنع**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧م.

١٦٧. ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، (ت: ٧٦٣هـ) **الفروع ومعه تصحيح الفروع**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م.

١٦٨. المقدادي، عادل علي، **القانون التجاري المبادئ العامة وفقاً لأحكام قانون التجارة العماني**، ط١، دار الثقافة، الأردن، عمّان، ١٤٥٣هـ/٢٠١٤م.

١٦٩. ابن المنذر، محمد بن ابراهيم النيسابوري، (ت:٣١٩هـ)، **الإشراف على مذاهب العلماء**، ط١، (تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد)، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

١٧٠. المنذرية، أمل بنت خميس، **أثر العرف في المذهب الإباضي**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة، مصر،٢٠٠٩م.

١٧١. ابن منظور، محمد بن مكرم (ت : ٧١١هـ/١٣١١م)، **لسان العرب**، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.

١٧٢. ابن النجار، محمد بن أحمد (ت: ٩٧٢هـ)، **شرح الكوكب المنير**، ط٢، (تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد)، مكتبة العبيكان، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

١٧٣. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: ٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط٢، دار الكتاب الإسلامي، د ت.

- **الأشباه والنظائر**، د ط، (تحقيق: عبد الكريم الفضيلي)، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م.

١٧٤. نزيه حمّاد، **معجم المصطلحات الفقهية في لغة الفقهاء**، ط١، دار القلم، دمشق، سوريا، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.

١٧٥. نعراني، خليل محمود، **شرح رسالة نشر العرف**، الناصرة، الجليل الأسفل، ١٤٣٣هـ /٢٠١٢م.

١٧٦. النووي، يحيى بن شرف (ت: ٦٧٦ هـ)، **المجموع شرح المهذب** ((مع تكملة السبكي و المطيعي))، د ط، دار الفكر، د ت.

١٧٧. آل هرموش، محمود مصطفى عبود، **القواعد الفقهية الإباضية**، ط١، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عُمان، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.

١٧٨. ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد السواسي (ت: ٨٦١هـ)، **فتح القدير**، دار الفكر.

١٧٩. الهنائي، الفضل بن غصن، **العقد أركانه وشروطه في قانون المعاملات المدنية العماني**، ط١، بيت الغشّام للصحافة والنشر، سلطنة عمان، مسقط، ٢٠١٦م.

١٨٠. وزارة الإعلام، سلطنة عمان، **عُمان ٢٠١٣-٢٠١٤**، مؤسسة عُمان للصحافة والنشر، مسقط، عُمان، ٢٠١٣م.

١٨١. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط٢، دار السلاسل، الكويت، (١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ).

١٨٢. ابن الوكيل، شمس الدين، **دروس في القانون**، ط١، منشأة المعارف، مصر، الاسكندرية، ١٩٦٦م.

المقابلات العلمية:

١) مقابلة علمية حول مراحل إعداد مشروع قانون المعاملات المدنية العماني، مع الفاضل/ جمال سالم النبهاني، مستشار وزير الشؤون القانونية، بمكتبه في مسقط، سلطنة عمان، بتاريخ الأثنين ٢٤/ ذو الحجة / ١٤٣٧هـ/ ٩/٢٦/ ٢٠١٦م.

٢) مقابلة علمية مع فضيلة الشيخ الدكتور عبدالله بن راشد السيابي، نائب رئيس المحكمة العليا بسلطنة عُمان، حول تطور قانون المعاملات المدنية العماني، أجراها الفاضل: محمد بن سيف الشعيلي، الباحث القانوني بالمكتب الفني، وذلك بمكتبه بالمحكمة العليا بمسقط، سلطنة عُمان، يوم الثلاثاء، ٨/ صفر/ ١٤٣٨هـ/ ٢٠١٦/١١/٨م.

Abstract

The Effect of Custom in the Omani Civil Transactions Law

(A Comparative Study)

Prepared by: Tareq Bin Saed Bin Khalfan Al Sadi

Supervision: Dr. Ahmad Yassin Al Qaraleh

The present study aimed to reveal the place of custom in Islamic Sharia and law, as well as its place in the Omani laws. The present study also aimed to demonstrate the effect of custom in the Omani Civil Transactions Law. To achieve the objectives of the present study, the researcher examined the articles of the Omani Civil Transactions Law, which referred to the custom, and concluded the effect of custom in the law through these referrals and compared it with the Islamic jurisprudence and its principals and some other laws such as the Jordanian civil law, and the Emirates civil law.

The present study concluded that custom is a source of legislation in Islamic jurisprudence and law. It was also found that the Omani civil law relied on custom and assigned the interpretation, complementary and standard role to the custom in many contracts such as sale, leasing and lending, in addition to its role in interpreting and complementing the same law. The present study revealed the lack of judicial judgements based on custom in the civil transactions. The reason may be attributed to the fact that the law was only issued recently.